

О.О. Дудоров

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО:
ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА
(ВИБРАНІ ПРАЦІ)**

Київ
2017

УДК 343.2/.7
ББК 67.99 (4Укр)308.

Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). – К.: Ваїте, 2017. – 872 с.

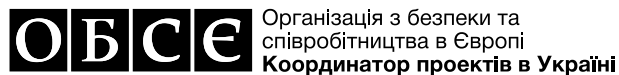
ISBN

Книга є збіркою наукових праць, присвяченою 50-річному ювілею автора, і продовженням реалізації ідеї, започаткованої в 2010 році, коли побачила світ робота «О.О. Дудоров. Вибрані праці з кримінального права».

Видання вміщує різножанрові праці автора з проблем Загальної та Особливої частини кримінального права, написані протягом 2010 – 2016 років.

Книга розрахована на викладачів, наукових співробітників, аспірантів, правозастосувачів, усіх тих, хто цікавиться питаннями сучасного кримінального права.

УДК 343.2/.7
ББК 67.99 (4Укр)308.



**Це видання здійснене за сприяння Координатора проектів ОБСЕ в Україні.
Координатор проектів ОБСЕ в Україні не несе відповідальності
за зміст та погляди, висловлені у цій публікації.**

Книга друкується в авторській редакції.

ISBN

© Дудоров О.О., 2017
© ОБСЕ, 2017

ЗМІСТ

Передмова	10
Від автора	14
Статті	17
Очищення влади. Деякі міркування щодо конституційності окремих положень Закону України «Про очищення влади»: погляд криміналістів	19
До питання про адресатів принципу верховенства права	26
Бланкетність і зворотна сила кримінального закону	31
Малозначність діяння: проблеми застосування та вдосконалення кримінального закону	38
Про розмежування злочинів та адміністративних правопорушень у контексті запровадження кримінальних проступків	44
Криміналізація. Декриміналізація	51
Потерпілий у кримінальному праві	55
Причинний зв'язок: кримінально-правові аспекти	60
Порушення правил утримання тварин: кримінально-правовий аспект проблеми	66
Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства	71
Кримінальна відповідальність американських корпорацій за економічні злочини: від витоків до сьогодення	83
Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю	100
Група осіб за попередньою змовою як форма співучасті у злочині	106
Чи суперечить інститут множинності злочинів принципу non bis in idem?	112
Дискусійні аспекти конституційності інституту звільнення від кримінальної відповідальності	118
Звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування: порівняльно-правова характеристика	124
Проблеми розвитку законодавства про амністію	129
Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим у контексті КПК України 2012 р.	138
Поняття «ухилення від досудового слідства» в контексті звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності	140
Про заміну смертної кари довічним позбавленням волі. Щодо рішення Конституційного Суду України	145
Між життям і смертю. Про майбутнє смертної кари у штаті Каліфорнія	150
Спеціальні засади призначення покарання	155
Проблеми оптимізації виконання покарань	173
Спеціальна конфіскація в Україні: проблеми законодавчої регламентації	176

Проблеми встановлення виду умислу при кваліфікації злочинів проти життя та здоров'я особи . . .	193
Лікарська помилка як кримінально-правова проблема	196
Незаконне проведення абортів: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального законодавства	203
Неналежне виконання медичним працівником професійних обов'язків: проблеми застосування і вдосконалення кримінального законодавства	208
Умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням: питання кваліфікації та вдосконалення кримінального закону	215
Проблеми кримінально-правової охорони інтелектуальної власності в Україні	224
Плагіат – злочин або аморальний вчинок?	232
Щодо вдосконалення законодавства про відповідальність за злочини проти сім'ї і дітей	238
Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів	242
Безготівкові гроші як предмет злочинів проти власності	256
До питання про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 Кримінального кодексу України	261
Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197-1 КК України): проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства	264
Про спроби удосконалити законодавство щодо відповідальності за земельні правопорушення . .	284
У пошуках оптимальної назви розділу VII Особливої частини Кримінального кодексу України . . .	289
Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку	303
Про вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої фіктивному підприємництву . .	321
Чи можуть відмиватись кошти, не сплачені як податки та інші обов'язкові платежі?	326
Суб'єкт відмивання «брудного» майна в контексті принципу non bis in idem	335
Про кримінальну відповідальність нотаріуса за порушення вимог щодо здійснення фінансового моніторингу	339
Про кримінально-правове значення узгодження податкових зобов'язань	347
Необережна несплата податків і зборів як кримінально-правова проблема та можливі шляхи її вирішення	357
Про чергову спробу вдосконалення заохочувальної норми, розрахованої на осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів	360
Проблеми вдосконалення кримінального законодавства про відповідальність за ухилення від сплати страхових внесків	367
Про екстериторіальну дію кримінального закону США на прикладі справи про податковий злочин	374
Кримінально-правова заборона щодо доведення банку до неплатоспроможності: сумнівна законодавча новела	378
Умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства	398

Відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності	404
Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне полювання	410
Проблеми застосування та вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої незаконній порубці лісу	418
Доктринальне тлумачення кримінального закону про відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель	436
Проблеми кримінально-правової кваліфікації порушень правил безпеки дорожнього руху в контексті забезпечення однаковості судової практики	440
Правова еквілібристика, або про відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень	446
Яким бути переліку корупційних злочинів?	452
Про кримінальну відповідальність нотаріуса у контексті новел антикорупційного законодавства України	457
Ще раз про принципи кримінально-правової кваліфікації та реалії правозастосування	465
Офіційний документ. Аналіз правових позицій Верховного Суду України щодо цього поняття	468
Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону	474
Пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди як форми корупційної поведінки	481
Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України	485
Посередник у наданні та одержанні неправомірної вигоди: кримінально-правова оцінка поведінки	494
Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики)	501
Суб'єкт «пасивного» підкупу службової особи юридичної особи приватного права: сучасний стан і перспективи	519
Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права	528
Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону	536
Кримінально-правові аспекти провокації підкупу	555
Проблеми кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого статтею 375 КК України	563
Криміналізація незаконних дій із заставленим майном: що мав на увазі законодавець?	585
Відгуки офіційного опонента (витяги) і рецензії	591
Відгук на дисертацію Є.Ф. Бобонича «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг: кримінально-правова характеристика (ст. 202 Кримінального кодексу України)»	593
Відгук на дисертацію Н.О. Петричко «Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження»	597
Відгук на дисертацію Т.Я. Крих «Незаконна приватизація державного, комунального майна за кримінальним правом України: юридичний аналіз складу злочину»	601

Відгук на дисертацію Г.З. Яремко «Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального Кодексу України»	606
Відгук на дисертацію М.О. Буртового «Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності»	612
Відгук на дисертацію С.В. Чмута «Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості»	616
Відгук на дисертацію П.В. Олійника «Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення»	621
Відгук на дисертацію В.М. Руфанової «Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів»	626
Відгук на дисертацію О.О. Вакулик «Кримінально-правова характеристика примушування давати показання»	631
Відгук на докторську дисертацію В.М. Бурдіна «Осудність та неосудність у кримінальному праві України: проблеми теорії і практики»	635
Відгук на дисертацію К.В. Казанцевої «Кримінальна відповідальність за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння»	642
Відгук на дисертацію Р.А. Волинця «Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства України (ст. 210 КК України)»	646
Відгук на дисертацію А.В. Смирнової «Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)»	651
Відгук на дисертацію Г.О. Ганової «Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою»	655
Відгук на дисертацію А.Ю. Коновалової «Види покарань для неповнолітніх за кримінальним правом України»	659
Відгук на дисертацію В.В. Ткаченко «Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за Кримінальним кодексом України»	663
Відгук на дисертацію Л.В. Трушківської «Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України)»	667
Відгук на дисертацію О.Б. Полторацького «Кримінально-правова оцінка матеріалів оперативно-розшукової діяльності за ознаками легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом»	672
Відгук на дисертацію В.С. Кошевського «Кримінально-правова характеристика ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»	676
Відгук на докторську дисертацію О.О. Кваші «Співучасть у злочині: сутність, структура, відповідальність»	682
Відгук на дисертацію Г.Р. Мартинишин «Призначення покарання за сукупністю вироків: кримінально-правове дослідження»	687
Відгук на дисертацію М.М. Сивака «Примітки статей Особливої частини Кримінального кодексу України: теоретико-прикладний аналіз»	692
Відгук на дисертацію Л.В. Герасимчук «Звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності та покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру»	696

Відгук на дисертацію М.О. Міщенко «Кримінально-правова охорона культурних цінностей в Україні»	700
Відгук на дисертацію Д.М. Горбачова «Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг)»	705
Відгук на дисертацію В.М. Захарчука «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво за кримінальним правом України»	708
Відгук на дисертацію Ю.І. Шиндель «Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги»	713
Відгук на дисертацію О.В. Грищенка «Кримінально-правова характеристика побоїв і мордування (ст. 126 КК України)»	718
Відгук на дисертацію О.В. Чус «Кримінально-правова характеристика незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї»	722
Відгук на дисертацію О.В. Колос «Повторність злочинів за Кримінальним кодексом України»	726
Відгук на дисертацію О.І. Денькович «Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України»	730
Відгук на дисертацію І.М. Ткаченко «Кримінальна відповідальність за незаконні дії з творами, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію»	735
Відгук на дисертацію К.А. Новікової «Обмеження волі як вид покарання»	740
Відгук на дисертацію А.В. Айдинян «Фактична помилка у кримінальному праві: основні теоретичні і практичні аспекти»	744
Відгук на дисертацію В.В. Плекана «Кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди»	749
Відгук на дисертацію І.О. Бердиченко «Марки акцизного податку, контрольні марки, голографічні захисні елементи як предмет суспільно небезпечних діянь у сфері господарської діяльності»	755
Відгук на дисертацію С.В. Незнайка «Кримінально-правова характеристика умисного знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства»	759
Відгук на дисертацію С.М. Чабаненка «Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам, пов'язаним із діяльністю позабюджетних цільових фондів»	764
Фундаментальне дослідження злочинних наслідків у кримінальному праві	769
Сучасний стан кримінально-правового вчення про причиний зв'язок: критичний аналіз	773
Фундаментальне дослідження київської школи кримінального права	777
Нові наукові здобутки у розв'язанні кримінально-правових проблем заподіяння майнової шкоди	780
Наукові висновки, підготовлені за запитами вищих судових органів України . . .	783
Висновок у кримінальній справі щодо О.З. Ногаль, засудженої за ч. 4 ст. 190 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.Ф. Школярова від 28 травня 2015 р. (щодо організованої групи)	785
Зауваження і пропозиції до проекту постанови Пленуму ВССУ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод»	789

Відповідь для ВССУ щодо застосування ст. 55 КК України	792
Висновок у кримінальній справі щодо С.М. Лебедева, засудженого за ч. 3 ст. 212, ч. 2 ст. 366 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.Ф. Школярова від 15 листопада 2011 р. (щодо призначення додаткового покарання)	793
Висновок у кримінальній справі щодо Е.В. Рижук, засудженого за ч. 1 ст. 366 КК України (щодо призначення додаткового покарання)	795
Відповіді для ВССУ на питання, пов'язані з ухваленням і набранням чинності Законом України від 27 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні щодо повної реабілітації політичних в'язнів»	797
Відповідь для ВССУ щодо застосування ст. 105 КК України	800
Висновок у кримінальній справі щодо Т.Д. Кмітович, засудженої за ч. 1 ст. 115 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Т.В. Гошовської від 13 березня 2014 р.	802
Висновок у кримінальній справі щодо О.А. Яковлева засудженого за ч. 1 ст. 115 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Л.Ф. Глоса від 8 липня 2016 р.	803
Висновок у кримінальній справі щодо Є.Л. Шокурова, засудженого за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.І. Косарева від 3 квітня 2014 р.	805
Висновок у кримінальній справі щодо В.В. Денисова, засудженого за ч. 2 ст. 121 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.І. Косарева від 6 вересня 2012 р.	807
Висновок у кримінальній справі щодо В.Ю. Юрченко, засудженої за ч. 3 ст. 15, ч. 4 ст. 190 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Б.М. Пошви від 12 вересня 2016 р.	809
Висновок у кримінальній справі щодо А.В. Єльшина, засудженого за ч. 3 ст. 187 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Л.В. Глоса від 25 червня 2012 р.	815
Висновок для ВССУ щодо кваліфікації суспільно небезпечних діянь за ч. 2 ст. 194 КК України	816
Висновок у кримінальній справі щодо Сейтбеяла Сейдаметова, засудженого за ч. 1 ст. 204 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.Ф. Школярова від 6 червня 2013 р.	819
Висновок у кримінальній справі щодо О.В. Шипуліна (щодо застосування ст. 263 КК України при вчиненні кількох альтернативних дій)	821
Висновок у кримінальній справі щодо І.В. Кононенка, засудженого за ч. 2 ст. 286 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Є.І. Ковтюк від 21 травня 2013 р.	823
Висновок щодо наявності в діях М.М. Пелевіна, засудженого за ст. 198 КК України 1960 р., ознак складу злочину «самоуправство»	824
Висновок у кримінальній справі щодо В.М. Єршової-Давиденко, засудженої за ст. 356 КК України, на виконання ухвали ВСУ від 16 грудня 2011 р.	826
Відповіді для ВССУ на питання стосовно кримінально-правового статусу окремих категорій осіб (експерта, нотаріуса, лікаря, викладача)	827
Відповідь для ВССУ щодо кримінально-правового статусу арбітражного керуючого	833
Зауваження і пропозиції до проекту постанови Пленуму ВССУ «Про практику застосування судами законодавства України про відповідальність за окремі корупційні правопорушення»	835
Висновок у кримінальній справі щодо О.Б. Фомінової, засудженої за ч. 2 ст. 364 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Л.Ф. Глоса від 29 травня 2015 р.	837
Висновок у кримінальній справі щодо Д.О. Меньшикова і В.Ю. Скоркіна, засуджених за ч. 3 ст. 368, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 365 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Б.М. Пошви від 6 квітня 2016 р.	839

Висновок у кримінальній справі щодо Г.Г. Живого, засудженого за ч. 3 ст. 365 КК України	841
Висновок у кримінальній справі щодо В.І. Шередекіна, засудженого за ч. 2 ст. 368 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ В.Ф. Пивовара від 2 квітня 2013 р.	843
Висновок у кримінальній справі щодо В.О. Товсторога, засудженого за ч. 2 ст. 307 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Б.М. Пошви від 16 липня 2015 р.	845
Висновок у кримінальній справі щодо Б.В. Пенчука, засудженого за ч. 2 ст. 383 КК України, на виконання ухвали судді ВСУ Г.В. Канигіної від 23 квітня 2012 р.	847
Бібліографія	849
Учні, які захистили дисертації	870

ПЕРЕДМОВА

У 2017 році виповнюється п'ятдесят років від дня народження відомого українського науковця у галузі кримінального права, доктора юридичних наук, професора, заслуженого діяча науки і техніки України Олександра Олексійовича Дудорова.

О.О. Дудоров народився 6 червня 1967 року у м. Вінниці в робітничій родині Олексія Івановича та Станіслави Володимирівни Дудорових.

Закінчивши 1984 року із золотою медаллю середню школу № 13 у м. Вінниці, вступив на перший курс юридичного факультету Київського державного університету імені Т.Г. Шевченка. Після закінчення першого курсу був призваний на строкову військову службу до Збройних Сил СРСР, яку проходив у роті охорони в/ч 62329 Закавказького військового округу на посаді командира відділення, маючи військове звання – старший сержант.

Після звільнення у запас у 1987 р. продовжив навчання на юридичному факультеті зазначеного навчального закладу, який закінчив у 1991 р., здобувши вищу освіту за спеціальністю «Правознавство».

Отримавши диплом спеціаліста з відзнакою, був розподілений на роботу асистентом кафедри теорії та історії держави та права Чернівецького державного університету імені Юрія Федьковича.

До alma mater О.О. Дудоров повернувся дуже скоро, почавши з листопада 1991 року навчання у стаціонарній аспірантурі Київського державного університету імені Тараса Шевченка. Працюючи на кафедрі кримінального права і кримінології, він усі подальші роки позиціонував себе як її вихованця.

У листопаді 1994 року Олександр Олексійович був відрхований з аспірантури у зв'язку із успішним захистом дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Дисертація виконувалась за темою «Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара» у межах наукової спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Заслугує на увагу те, що в науці кримінального права незалежної України дослідження цієї тематики було одним із перших і стосувалось низки проблемних питань кримінальної відповідальності за одержання хабара, які виникали на етапі переходу від командно-адміністративної системи до демократичного суспільства та запровадження ринкових відносин. Показово, що в подальшому правознавець доклав чимало зусиль у розширенні спектру наукового пошуку, системно вивчаючи злочини у сфері службової діяльності та прискіпливо відстежуючи як шляхи їхньої нормативної регламентації, так і доктринальний розвиток учення про них.

Поряд із дослідженням зазначеної категорії злочинів, у вивченні якої він досяг чималих успіхів, О.О. Дудоров займався розробленням таких актуальних проблем кримінального права, як: стадії вчинення злочину; призначення покарання; кримінально-правова кваліфікація; звільнення від кримінальної відповідальності; злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності, злочини проти власності, злочини проти довкілля тощо. Але чи не найбільше ювіляр відомий як дослідник злочинів у сфері господарської діяльності, який зробив вагомий внесок у розвиток доктрини кримінального права за цим напрямом наукового пошуку. В Україні Олександр Олексійович є одним лідерів у становленні та розвитку вчення про злочини у сфері господарської діяльності.

Творчі пошуки О.О. Дудоров розпочав під керівництвом видатного українського правника, громадського та державного діяча Станіслава Сергійовича Яценка (1936 р. – 2014 р.). Саме він був його науковим керівником за кандидатською дисертацією, продовжуючи сприяти науковому зростанню дослідника і надалі.

Постійно відчувачи наукову підтримку свого Вчителя, О.О. Дудоров успішно акумулював її у захист дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, який відбувся у жовтні 2007 р. на засіданні спеціалізованої вченої ради Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Тема його дисертації – «Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України» (спеціальність 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право). Офіційними опонентами за дисертацію виступили відомі й авторитетні вчені, фахівці з кримінального права, доктори юридичних наук Вячеслав Олександрович Навроцький, Володимир Михайлович Попович та Євгеній Володимирович Фесенко. Вони підтримали переважну більшість положень, викладених у поданій на захист дисертації О.О. Дудорова, відзначивши, що автору вдалось розробити узгоджену з положеннями і тенденціями розвитку податкового законодавства доктринальну модель диспозицій кримінально-правових заборон, покликаних охороняти систему оподаткування України, і сформулювати на цій основі низку змістовних пропозицій, спрямованих на вдосконалення кримінального законодавства та практики його застосування.

У грудні 1994 року молодий кандидат наук почав працювати на посаді завідувача кафедри в Азовському регіональному інституті управління (м. Бердянськ Запорізької області), фактично поклавши початок розвитку юридичної освіти в приазовському регіоні.

З вересня 2007 року життя і професійна діяльність О.О. Дудорова пов'язані з Луганським державним університетом внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, де він працював професором кафедри кримінального права, паралельно очолюючи науково-дослідну лабораторію, яка займалась вивченням проблем кримінального

законодавства та практики його застосування. За період роботи О.О. Дудорова в університеті Е.О. Дідоренка кафедра кримінального права стала одним із найбільш прогресуючих підрозділів вишу. Досягнення кафедри кримінального права, які неодмінно пов'язувались з ім'ям Олександра Олексійовича, знайшли своє відображення у проведенні різнопланових наукових заходів (міжнародні науково-практичні конференції 2011 р. та 2012 р. за участі провідних учених-правознавців), підготовці та опублікуванні навчальної літератури (підручник із загальної частини кримінального права 2010 року та підручники з особливої частини 2012 та 2013 років, що запам'ятались колегам глибоким і наскрізним підходом до організації викладення навчального матеріалу), розробленні серії практичних посібників, орієнтованих на підвищення ефективності правозастосовної діяльності, активній участі в законопроектній роботі тощо. Такі здобутки не могли залишитись не поміченими серед багатьох фахівців, які почали говорити (хай навіть, за твердженням самого О.О. Дудорова, передчасно) про зародження у Луганську власної школи кримінального права.

О.О. Дудоров стояв на початку створення Луганського місцевого осередку громадської організації «Всеукраїнська асоціація кримінального права», який він очолював протягом 2011 – 2015 років.

3 жовтня 2014 р. О.О. Дудоров працює в Запорізькому національному університеті, перебуваючи спочатку на посаді професора, а згодом завідувача кафедри кримінального права та правосуддя.

У 2008 році О.О. Дудорову присвоєне вчене звання професора (за кафедрою кримінального права). У 2012 році, як підсумок багаторічної праці на ниві розбудови української науки, Указом Президента йому присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України». Щоправда, як зазначив сам ювіляр в одному із інтерв'ю, основним своїм «званням» він вважає саме професію вченого, адже власне науці він присвятив усе своє життя, маючи як кредо своєї роботи бути широко відомим у колі вузьких фахівців. Формальні ж показники для Олександра Олексійовича завжди залишались не більше, ніж антуражем.

О.О. Дудоров неодноразово входив до складу різних каденцій Науково-консультативної ради як Верховного Суду України, так і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Його робота у цьому амплуа неодмінно сприяла підвищенню ефективності діяльності органів судової влади. Зокрема, він зробив істотний внесок у розроблення низки постанов Пленуму Верховного Суду України, які до сьогодні є активно застосовуваними у практичній діяльності: «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва»; «Про судову практику у справах про злочини проти власності»; «Про практику застосування судами кримінального законодавства у справах про викрадення, знищення, пошкодження, приховування чи підроблення документів, печаток, штампів та бланків, а також використання підроблених документів»; «Про практику застосування судами законодавства про повторність, сукупність і рецидив та їх правові наслідки»; «Про практику застосування судами законодавства у справах про протидію торгівлі людьми або здійсненню іншої незаконної угоди».

До речі, О.О. Дудоров завжди високо оцінював залучення вчених як консультантів до роботи найвищих судових інстанцій. За його твердженням, це є позитивною тенденцією, яка дозволяє науковцям не відриватись від реалій правозастосування. Учені-правознавці при цьому отримують можливість здійснити доктринальний внесок у діяльність судів, які поміж іншого часто звертаються до здобутків науки у випадку виникнення певних правових проблем, намагаючись знайти шляхи їхнього кваліфікованого вирішення.

Після 2010 р., як відомо, роль члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України дещо змінилась і полягала в наданні експертних висновків з найбільш складних питань кваліфікації злочинів та інших суперечливих випадків застосування кримінально-правових норм. Такі висновки, підготовлені О.О. Дудоровим, завжди характеризувались змістовністю та глибиною, своєю чергою, не раз складаючи основу для подальших наукових розвідок та окремих публікацій автора. Показово, що окрему частину цієї книги складають деякі із зазначених висновків.

Предметом особливої гордості О.О. Дудорова є його учні. Для підготовки кожного з них та їхнього подальшого становлення він доклав чимало зусиль, сприяючи не лише кількісному, а й якісному посиленню потенціалу науково-педагогічних кадрів незалежної України. На сьогодні вчений підготував одного доктора (Є.О. Письменський) та дев'ятьох кандидатів (Г.Є. Болдарь, Г.М. Зеленов, Д.В. Каменський, М.І. Омеляненко, В.В. Балабко, Д.Ю. Степаненко, Я.В. Ризак, Т.М. Тертиченко, М.В. Комарницький) юридичних наук. Ставлення Олександра Олексійовича до своїх учнів завжди вирізнялось повагою до них, толерантністю, доброзичливістю. Він намагається не лише формально виконувати роль наукового керівника чи консультанта, а й всебічно допомагати здобувачам, вчити їх правилам наукової етики, спрямовуючи їхні зусилля в напрямі успішного захисту дисертацій. Такий підхід, на жаль, стає останнім часом скоріше винятком, ніж правилом у середовищі сучасних науковців.

Не зайвим буде також згадати, що для кількох десятків юристів О.О. Дудоров «відкрив двері» у світ великої науки, виступаючи опонентом на захисті як докторських, так і кандидатських дисертацій. При цьому майже кожен його відгук на дисертацію є підготовленим на високому фаховому рівні та заслуговував на опублікування, сприяючи розвитку пропонованої авторами дисертацій дискусії. Нарешті в цій книзі знайшли своє відображення всі відгуки на дисертації, підготовлені вченим за останні роки.

Запропоновані читачеві у цьому виданні наукові праці О.О. Дудорова, які присвячені п'ятдесятиріччю з дня його народження, незважаючи на свою масштабність, не здатні належним чином відобразити його вагомий внесок у розвиток вітчизняної науки кримінального права. За понад двадцять п'ять років науково-дослідної роботи О.О. Дудоров підготував понад 350 опублікованих наукових і навчально-методичних робіт з проблем кримінального права. Серед них: підручники: «Кримінальне право. Загальна частина» (2010 р., у співавторстві), «Кримінальне право. Особлива частина» (2012 р., 2013 р., у співавторстві) «Українське кримінальне право. Загальна частина» (2013 р., у співавторстві); навчальні та практичні посібники: «Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» (2011 р.); «Злочини проти довілля: кримінально-правова характеристика» (2014 р., у співавторстві); «Кримінальне право» (2014 р., у співавторстві); монографії: «Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика» (2003 р.), «Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти» (2006 р.), «Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» (2012 р., у співавторстві), «Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації» (2014 р., у співавторстві), «Протидія відмиванню «брудного» майна: європейські стандарти та Кримінальний кодекс України» (2015 р., у співавторстві); науково-практичний коментар «Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства» (2016 р., 2017 р., у співавторстві).

О.О. Дудоров – один з авторів опублікованих протягом 2001 – 2012 років дев'яти перевидань одного з найбільш відомих в Україні науково-практичного коментарю до Кримінального кодексу України (за редакцією М.І. Мельника і М.І. Хавронюка). Ця книга завжди відрізнялась актуальністю, логічним викладенням матеріалу, високим рівнем коментування кримінального законодавства України. Якось Олександр Олексійович зауважив, що вважає себе досить самокритичною людиною, намагаючись постійно відслідковувати, що пишуть колеги з приводу його робіт та відповідним чином реагувати. Іноді, за його словами, це впливало на корегування попередніх позицій або зміну точки зору, іноді – на посилення аргументації. Прикладом такого ставлення до своєї роботи і є згаданий коментар до Кримінального кодексу. Якщо уважно прослідкувати за змінами в тексті цього коментаря, які виникали від одного видання до іншого, то фахівцю стане зрозумілим, що з деяких питань позиція О.О. Дудорова з часом змінюється, еволюціонує.

О.О. Дудоров – постійний автор всеукраїнської правової газети «Юридичний вісник України» та неодноразово відзначався як один з її найкращих авторів. За роки своєї плідної дослідницької діяльності він опублікував понад двадцять статей у цьому щотижневику, завжди демонструючи зацікавленість у вільному форматі газети, який дозволяв виходити за межі тісних формальних вимог.

Варто згадати, що поточне видання вибраних праць О.О. Дудорова не є першим. Воно продовжує реалізацію ідеї, започаткованої 2010 року, коли в редакційно-видавничому відділі Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка вийшла друком перша книга, яка становила збірку вибраних наукових статей, авторефератів дисертацій, рецензій та інших праць автора: *Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.* У передньому слові цієї книги В.О. Навроцький слушно визначав одну з характерних рис особистості Олександра Олексійовича, зазначаючи, що в публікаціях О.О. Дудорова яскраво виражені його наукові підходи та авторський стиль. Він характеризується широтою аналізу та глибиною проникнення в суть досліджуваних проблем. Розглядаючи конкретні питання, цей автор постійно звертається до зарубіжного досвіду правової регламентації відповідних положень, вивчає історію питання, критично аналізує праці попередніх дослідників. І особливу увагу звертає на практично-прикладні положення – на те, які дискусійні питання виникають у правозастосовній діяльності, які вдалі рішення приймають слідчі, прокурори і судді, яких помилок вони припускаються.

О.О. Дудоров є членом редколегій ряду фахових наукових журналів з юридичних наук «Вісник Асоціації кримінального права України», «Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка», «Юридичний науковий електронний журнал», «Вісник кримінального судочинства», «Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ». Учений активно працював у спеціалізованих радах із захисту дисертацій при Академії адвокатури України та Національній академії прокуратури України, де його змістовні виступи нікого не залишали байдужими.

О.О. Дудоров активно співпрацює з Координатором проектів ОБСЄ в Україні, свідченням чого є отримані від цієї організації подяки за плідну участь у реалізації проекту «Допомога правничим школам з просування прав людини» та високий професіоналізм при проведенні осінніх шкіл із кримінального права.

За досягнення у науковій діяльності О.О. Дудоров нагороджувався Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2004 р.), медаллю МВС України «За сприяння органам внутрішніх справ України» (2008 р.), відзнакою МВС України «За розвиток науки, техніки і освіти» II ступеню (2008 р.). За сумлінну безперервну працю у галузі права, вагомий особистий внесок у розвиток судового устрою та судочинства, реформування правосуддя в

Україні, забезпечення захисту прав і свобод людини та громадянина він неодноразово відзначався Верховним Судом України.

Олександра Олексійовича знають і поважають як принципову, цілеспрямовану, інтелігентну людину із широкою ерудицією, умінням знаходити шляхи до вирішення складних наукових питань і досягнення поставленої мети, цінують його порядність і доброту. Остання, до речі, поєднується з науковою розбірливістю і несприйняттям відвертої халтури, яка останнім часом із мовчазної згоди професійної спільноти все частіше видається за «наукові праці» (інколи навіть за докторські (!) дисертації).

З нагоди п'ятдесятирічного ювілею хочеться побажати Олександрю Олексійовичу міцного здоров'я, успішного втілення в життя всіх планів, задумів та ідей, творчого довголіття, нових здобутків у розвитку кримінально-правової науки.

*Від імені друзів, колег і учнів,
Євген Письменський*

*Не приведи господь служить по ученой части!
Всего боишься: всякий мешается,
всякому хочется показать, что он тоже умный человек.
Микола Гоголь. «Ревізор».*

*Навіть отримавши визнання, науковець мусить
щоденною працею підтверджувати власний високий рівень,
безперервно складаючи великі або малі неформальні
іспити на конференціях, у відповідях на дошкульні
зауваження рецензентів у наукових журналах,
під час круглих столів із нагальних наукових питань.
О. Габович, В. Кузнєцов, Н. Семенова.
«Українська фундаментальна наука і
європейські цінності» (К., 2016).*

ВІД АВТОРА

У травні 2010 р. за підтримки керівництва ЛДУВС імені Е.О. Дідоренка була видана перша збірка моїх вибраних праць з кримінального права, переднє слово до якої написав В.О. Навроцький. Такі, що зобов'язують, слова високоповажного Вячеслава Олександровича я періодично переглядаю з психотерапевтичною метою, коли з'являється зрадницька думка замість трудовіткої науково-літературної діяльності зайнятися в житті чимось іншим.

За час, що пройшов з моменту виходу в світ згаданої книги, дещо зроблено, у зв'язку з чим (зокрема, під впливом спілкування з колегами, до думки яких я прислухаюсь) виникла ідея підготувати аналогічне видання.

Не тішу себе ілюзіями щодо кола потенційних читачів: чергове вибране – не бестселер для широкого загалу, а вузькоспеціалізоване читиво, розраховане на тих, хто професійно займається кримінальними правом, прагне до самовдосконалення і трансформації з науковця у вченого, знаходить час для ознайомлення з працями колег, не схильний до гіперболізації власних і недооцінки (ігнорування) чужих творчих досягнень, не позиціонує себе як «корифея» і «маститого вченого», воліє говорити правду. Наука ж, як писав Олександр Борін, існує, допоки речі і люди називаються тут своїми іменами.

Особливістю статей, включених до пропонованої увазі читача збірки, є те, що вони друкуються в авторській редакції. У жодному разі не сумніваючись у потрібності і значущості редакторської роботи (хоч оповідання Михайла Веллера «Як мене редагували» перечитую не без задоволення), вважаю, що кожен більш-менш грамотний і самодостатній автор має право друкувати написане (вистраждане) ним у тому вигляді, який подобається саме йому, а не комусь іншому.

У розділі книги «Відгуки офіційного опонента (витяги) і рецензії» в основному наводяться витяги з відгуків автора як опонента на дисертації, захищені протягом 2010–2016 рр. Як і в попередньому виданні, у цих витягах висвітлюється актуальність обраних тем, викладаються проблемні аспекти рецензованих дисертацій і наводяться зауваження, зроблені з приводу тих тверджень здобувачів, правильність або обґрунтованість яких викликали сумнів.

Розділ збірки «Наукові висновки, підготовлені за запитами вищих судових органів України» показує, що залучення викладачів-теоретиків до участі у роботі науково-консультативних органів, які функціонують при вищих судових інстанціях, – загалом позитивний крок. Таке залучення, хоч і переконує в тому, що практика – не завжди критерій істини, дозволяє науково-педагогічним працівникам не відриватись від реалій правозастосування. В одних випадках позиція науковців не знаходить підтримки в суддів, в інших вона ними поділяється, і на її основі будується ухвалюване судове рішення. У будь-якому разі відповідні висновки є чудовим матеріалом для підготовки наукових статей чітко вираженого прикладного спрямування. З метою уникнення непотрібного

дублювання матеріалу в згаданий розділ не ввійшли ті наукові висновки, які послуговували основою для написання статей, включених у книгу.

Автор висловлює вдячність Координатору проектів ОБСЄ в Україні та особисто Віталію Олександровичу Гацелюку за допомогу у виданні цієї книги.

Користуючись нагодою, висловлюю також вдячність декану юридичного факультету Запорізького національного університету Тетяні Олександрівні Коломоєць і ректору Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка Віталію Мар'яновичу Комарницькому за підтримку в непрості періоди мого життя, пов'язані зі зміною місця роботи.

Частина праць, розміщених у збірці, написана мною в співавторстві з учнями і передусім із луганчанами, яких доля розкидала по всій Україні.

Присвячую цю книгу своїм учням з побажаннями бути самокритичними і вимогливими до себе, критикувати побратимів по перу змістовно, коректно і конструктивно, невпинно і наполегливо працювати, досягнути гідних творчих і життєвих здобутків. І, як казав Леонардо да Вінчі, поганий той учень, який не перевершив учителя.

CTATTI

ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ. ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ»: ПОГЛЯД КРИМІНАЛІСТІВ¹

16 вересня 2014 р. Верховна Рада України прийняла Закон № 1682-VII «Про очищення влади» (далі – Закон № 1682-VII), задекларованою метою якого було відновлення довіри до влади та створення умов для побудови нової системи органів влади відповідно до європейських стандартів. Ухвалення Закону № 1682-VII викликало широкий суспільний резонанс; багатьма теоретиками і практиками почали висловлюватись сумніви в конституційності окремих положень цього Закону. Врешті-решт 20 січня 2015 р. група народних депутатів України звернулася з поданням до Конституційного Суду України (далі – КСУ) щодо конституційності низки статей Закону № 1682-VII. Ще раніше, 17 листопада 2014 р., із багато в чому подібним за змістом конституційним поданням до КСУ звернувся Верховний Суд України. Надходження відповідних подань до КСУ вимагає від останнього проведення всебічного аналізу оскаржуваних норм Закону 1682-VII, у тому числі дослідження доктринальних підходів щодо їхнього змісту. Зрозуміло, що вирішення переважної більшості питань, на яких акцентується увага суб'єктами подань, потребує звернення до здобутків конституційно-правової думки і загальної теорії держави і права. Разом з тим у поданні від 20 січня 2015 р. озвучуються деякі питання, відповіді на які знаходяться в кримінально-правовій площині. Йдеться, перш за все, про індивідуальну амністію.

Ініціатори звернення до КСУ, серед іншого, переймаються питанням, чи є конституційними положення ч. 3 ст. 3 Закону № 1682-VII, згідно з якою люстраційні заходи, передбачені ч. 4 ст. 1 цього Закону, застосовуються до суддів, працівників органів внутрішніх справ, прокуратури та інших правоохоронних органів, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на кримінальне переслідування осіб, до яких застосовано повну індивідуальну амністію на підставі Закону України від 27 лютого 2014 р. № 792-VII «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» щодо повної реабілітації політичних в'язнів» (далі – Закон № 792-VII). Вирішення сформульованого питання, на наш погляд, потребує з'ясування правової природи індивідуальної амністії, «вигаданої» вітчизняним законодавцем у лютому 2014 р.

До ухвалення Закону № 792-VII і запровадження на його підставі індивідуальної амністії в юридичній літературі України традиційно зазначалось, що законодавець не знає, до кого персонально буде застосована амністія; остання розрахована на застосування щодо неперсоніфікованого кола осіб, однак рішення про застосування акта амністії ухвалюється індивідуально щодо кожної особи [1]. Амністія, на відміну від помилування, розглядалась як позбавлений персоніфікованого характеру акт вищого органу державної влади, який відіграє роль юридичної передумови ухвалення правозастосовним органом (в Україні – судом) відповідного процесуального рішення. Ст. 86 КК України, до якої у зв'язку з прийняттям Закону № 792-VII чомусь не були внесені відповідні зміни, як і раніше передбачає, що амністія оголошується законом України стосовно певної категорії осіб.

Попри незвичність і загалом дискусійність поняття «індивідуальна амністія» як такого, можна стверджувати, що з урахуванням змісту Закону України від 1 жовтня 1996 р. зі змінами «Про застосування амністії в Україні» індивідуальна амністія означає повне або часткове звільнення від відбування покарання конкретно визначеної законодавцем особи. При цьому згаданий Закон справедливо не використовує термінів на кшталт «повна реабілітація» або «реабілітація», оскільки між амністією та реабілітацією існує принципова різниця. Акти амністії, як відомо, не ставлять під сумнів законність і обґрунтованість постановлених обвинувальних вироків; відповідно, амністія позбавлена реабілітуючого характеру. Узагалі амністія вважається різновидом юридично оформленого права пробачення особи, яка вчинила злочин, що реалізується від імені суспільства вищим органом державної влади. Як писав свого часу М. Паше-Озерський, амністія не створює фікцію того, що злочин не мав місця, не знімає з уже вчинених діянь деліктний і злочинний характер, наданий їм законом. У протилежному випадку держава, наприклад, повинна була б винагороджувати амністованого за частину відбутого ним покарання. За такого підходу неминуче стерлися б межі між амністією і поновленням прав невинно засуджених [2].

Таким чином, амністію слід відрізняти від реабілітації, тобто від проголошення невинуватості осіб, несправедливо репресованих у судовому або позасудовому порядку, із поновленням їх прав. Хоч чинне законодавство України не визначає поняття реабілітації, пропоноване нами розуміння реабілітації впливає, зокрема, з положень Закону України від 17 квітня 1991 р. «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» і постанови Верховної Ради України від 24 грудня 1993 р. «Про тлумачення Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні». До речі, п. 34 ст. 5 КПК РФ визначає реабілітацію подібним чином: нею

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном і Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 13–19 червня 2015 р. – № 23; 20–26 червня 2015 р. – № 24.

визнається порядок відновлення прав і свобод особи, яка незаконно або необґрунтовано підлягала кримінальному переслідуванню, та відшкодування такій особі шкоди. Вважається, що відмінний від інституту звільнення від кримінальної відповідальності інститут реабілітації виконує політичну, компенсаційну і моральну функції.

Отже, реабілітація не може бути «повною» чи «неповною», а використаний у назві Закону № 792-VII зворот «повна реабілітація» є некоректним. Можна лише припустити, що законодавець при ухваленні цього Закону мав на увазі те, що засуджені особи, які визнані парламентаріями політичними в'язнями і конкретизований перелік яких містить Закон № 792-VII, повинні бути реабілітовані за всі інкриміновані їм злочини.

Вивчення Закону № 792-VII також дозволяє констатувати, що в ньому фактично не йдеться про реабілітацію осіб. Вказівка на реабілітацію міститься лише в назві цього Закону, що явно не узгоджується з його змістом, присвяченим індивідуальній амністії. Як наслідок, «завдяки» вжитому в назві Закону № 792-VII формулюванню ми отримали ситуацію, коли реабілітація певних осіб, котрих народні депутати України визнали політичними в'язнями, здійснюється за допомогою правового інституту, який не має нічого спільного ні з реабілітацією осіб, ні з визнанням факту незаконності їхнього кримінального переслідування. За таких обставин назву Закону № 792-VII варто тлумачити обмежувально, а застосовуючи Закон – виходити не з його назви, а з його змісту.

Ще одним питанням, породженим прийняттям Закону № 792-VII, стало питання, чи не суперечитиме звільнення особи від відбування покарання на підставі індивідуальної амністії меті прийняття цього Закону. Вище вже зазначалось, що мета, назва і зміст Закону № 792-VII не узгоджені між собою. Сформульована законодавцем мета («недопущення політичних репресій і випадків застосування кримінальної юстиції для боротьби з політичними опонентами») мала б передбачати не застосування амністії до конкретно визначених в Законі осіб, а їх реабілітацію, якщо для цього були належні правові підстави (зокрема, вказані в ст. 284 КПК України відсутність події кримінального правопорушення або відсутність в діянні особи складу кримінального правопорушення).

Тому для реалізації заявленої мети законодавець повинен був обрати інший, відмінний від амністії правовий механізм – реабілітацію незаконно засуджених осіб на кшталт утіленої в життя Законом України від 28 лютого 2014 р. «Про реабілітацію осіб на виконання рішень Європейського суду з прав людини», у ст. 4 якого зазначається, що особи, на яких поширюється дія цього Закону, вважаються реабілітованими та автоматично поновленими в усіх правах.

З урахуванням тієї обставини, що в чинному на момент прийняття Закону № 792-VII законодавстві не визначалися ні поняття «реабілітація», ні поняття «політичний в'язень», і до того ж була відсутня процедура реабілітації політичних в'язнів, а часу та і (треба так розуміти) політичної волі на прийняття закону про реабілітацію не було, у нас виникло питання: чи мала Верховна Рада України у своєму арсеналі за умов недовіри до судової гілки влади правові механізми для вирішення політичної проблеми припинення кримінального переслідування та поновлення прав певних осіб, віднесених до числа політичних в'язнів?

Вочевидь, подібного механізму не було і не могло бути. Закон – це нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, а однією з ознак нормативно-правового акту є неперсоніфікований характер норм права, що в ньому містяться. І тому прийняття будь-якого закону, норми якого були б адресовані чітко визначеному колу суб'єктів (на кшталт Закону № 792-VII), має сприйматися не інакше, як відхилення від усталених стандартів нормотворення, а вказівка на «негайність» виконання відповідного акту без рішення суду – як розширення повноважень Верховної Ради України за рахунок обмеження повноважень судової гілки влади. З цього приводу вельми емоційно висловлюється А. Музика: «У частині застосування «індивідуальної амністії» закон від 27 лютого 2014 р., що стосується долі конкретно визначених 42 осіб, не є Законом у сенсі нормативно-правового акта – його положення позбавлені нормативного характеру; зазначене рішення Верховної Ради України належить до правозастосовних актів, причому є таким, що не ґрунтується на законодавстві» [3].

Критика парламенту за сам факт прийняття Закону № 792-VII, що носить персоніфікований характер, є виправданою і водночас навряд чи конструктивною. З огляду на з'ясовану суть індивідуальної амністії, вимушені визнати, що звільнення особи від відбування покарання в порядку реалізації індивідуальної амністії, констатуючи винуватість амністованої особи в інкримінованих їй злочинах з усіма негативними наслідками, що з цього випливають, суперечить меті прийняття Закону № 792-VII. Зокрема, і через те, що цей Закон нічого не говорить про зняття судимості з осіб, на яких поширюється його дія. Питання про їх судимість відповідно до ч. 3 ст. 6 Закону України «Про застосування амністії в Україні» має вирішуватись на загальних підставах – згідно з положеннями КК України (статті 89–90 цього Кодексу, присвячені погашенню і зняттю судимості). Стає очевидним, що прийняття Закону № 792-VII дозволило лише частково полегшити долю тих осіб, яких законодавець визнав політичними в'язнями, звільнивши їх від покарання, але при цьому не поновивши їх прав.

Виникло на практиці і питання, чи є підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності віднесення її Верховною Радою України до політичних в'язнів, які потребують повної реабілітації. Відповідаючи на це питання, зазначимо, що підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності ви-

черпно закріплені в КК України. Звільнення від кримінальної відповідальності не свідчить про виправдання особи, про визнання її невинуватою в злочині. КК України, регламентуючи цей правовий інститут, виходить із встановлення факту вчинення особою кримінально караного діяння, а тому передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються не реабілітуючими. З урахуванням того, що від кримінальної відповідальності може звільнитись лише та особа, яка зобов'язана її нести, вирішенню питання про звільнення від кримінальної відповідальності має передувати повне і точне встановлення фактичних обставин і правильна кваліфікація вчиненого злочину.

На це орієнтує і Пленум Верховного Суду України (далі – ВСУ), який у п. 2 постанови від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» роз'яснив, що при вирішенні питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності суд повинен переконатись у тому, що діяння, яке поставлено особі за провину, дійсно мало місце, що воно містить склад злочину, особа винна в його вчиненні, а також, що умови та підстави її звільнення від кримінальної відповідальності передбачені КК України. Лише після цього має бути постановлене (ухвалене) відповідне судове рішення в порядку, визначеному КПК.

Отже, якщо особу визнано такою, що потребує реабілітації, оскільки вона є політичним в'язнем, вести мову про звільнення такої особи від кримінальної відповідальності недоречно. Тому нам складно погодитись з висловленою в юридичній літературі точкою зору, згідно з якою визнання особи політичним в'язнем своїм правовим наслідком може мати як реабілітацію особи, так і звільнення особи від кримінальної відповідальності [4].

Далі. Закон «Про застосування амністії в Україні» на сьогодні не передбачає звільнення особи від кримінальної відповідальності. Нагадаємо, що до набрання чинності Законом України від 2 червня 2011 року «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» та інших законодавчих актів України» амністія передбачала ухвалення Верховною Радою України відповідного акта, що передусім повністю або частково звільняв певну категорію осіб від кримінальної відповідальності або покарання. Наразі амністування здійснюється лише в межах реалізації кримінальної відповідальності – як у найбільш ліберальній її формі, коли відбувається засудження обвинувальним вироком, та одночасно особа звільняється від покарання, так і в найбільш репресивній формі, в межах якої особі призначається покарання, яке вона реально відбуває, і коли ця особа звільняється від невідбутої частини покарання. Тому особи, віднесені Верховною Радою України до політичних в'язнів, згідно із Законом № 792-VII можуть підлягати звільненню від відбування покарання в порядку реалізації індивідуальної амністії, порядок застосування якої врегульований як Законом № 792-VII, так і Законом України «Про застосування амністії в Україні».

Однак якщо такий шлях є, як показано вище, не зовсім прийнятним (щоб не сказати – неприйнятним) для досягнення заявленої мети, то постає питання, в який же спосіб повинен був діяти законодавець у цьому разі? На наш погляд, однією з головних проблем на шляху реалізації задекларованої мети Закону № 792-VII була необхідність прийняття Верховною Радою України єдиного рішення, яке б носило універсальний характер та містило правові механізми поновлення прав всіх 42 осіб, яких народні депутати віднесли до «політичних в'язнів». Але подібне універсальне рішення могло б бути прийняте за умови, що правовий статус осіб, яких воно стосується, є тотожним (чи хоча б подібним).

За умов, коли положення Закону № 792-VII і супровідні матеріали до нього не містять жодних орієнтирів, які б могли допомогти зрозуміти мотиви законодавця, якими керувався останній, визначаючи коло осіб, котрі були визнані політичними в'язнями (політичними опонентами) та потрапили під індивідуальну амністію, ми вимушені з'ясовувати такі мотиви, покладаючись передусім на власну оцінку подій, які виступили каталізаторами ухвалення досліджуваного Закону. А вона дозволяє нам припустити, що всіх осіб, правовий статус яких був уніфікований унаслідок ухвалення Закону № 792-VII, слід розділити принаймні на дві категорії суб'єктів – «справжніх» політичних в'язнів та осіб, котрі з політичних мотивів вчинили діяння, які містять склад того чи іншого злочину. Таке судження, крім усього іншого, ґрунтується на аналізі положень низки законів, якими народні депутати України намагалися звільнити від кримінального переслідування осіб у зв'язку із масовими акціями протесту, які сталися наприкінці 2013 – на початку 2014 рр. Так, в абз. 3 ст. 1 Закону України від 21 лютого 2014 р. № 743-VII «Про недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань, та визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України» (далі – Закон № 743-VII) прямо вказується на необхідність звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема, осіб, які вчинили дії, що можуть містити ознаки цілого ряду кримінальних правопорушень, зазначених в абз. 2 ст. 1 згаданого Закону.

Наголошують на необхідності диференціації правового статусу політичних в'язнів та осіб, котрі вчинили злочини з політичних мотивів, і міжнародні правозахисні організації. Так, у Путівнику з визначення поняття «політичний в'язень», розробленому робочою групою правозахисників із Азербайджану, Білорусі, Грузії, Литви, Польщі, Росії та України, фахівці, керуючись досвідом Ради Європи, міжнародної правозахисної

організації «Міжнародна амністія» та національних правозахисних організацій різних країн, розрізняють: по-перше, правовий статус політичних в'язнів, котрих, своєю чергою, поділяють на «в'язнів сумління», дії яких носять легітимний характер і не можуть вважатися правопорушенням у демократичному суспільстві, та осіб, яких держава переслідує з політичних мотивів; по-друге, правовий статус суб'єктів, які вчинили злочини з політичних мотивів [5]. Показово і те, що правозахисники виключають з кола політичних в'язнів всіх осіб, які вчинили насильницькі правопорушення проти особи, за винятком двох випадків – необхідної оборони чи крайньої необхідності.

Дещо інша позиція стосовно поняття «політичний в'язень» озвучується фахівцями міжнародної правозахисної організації «Міжнародна амністія» («Amnesty International»). На їхню думку, політичним в'язнем є будь-який в'язень, у справі якого присутній вагомий політичний елемент. Ним можуть бути: мотивація дій в'язня, самі дії; причини, що спонукали владу відправити особу за ґрати. Коли кажуть «політичний в'язень», маються на увазі як в'язні совісті, так і особи, котрі вдалися до кримінально караних діянь (наприклад, заподіяли шкоду чужій власності за політичними мотивами). Але знову ж аналітики «Amnesty International» одноставні в тому, що таким особам, на відміну від в'язнів совісті, які повинні бути негайно звільнені та поновлені в правах (тобто реабілітовані), «лише» має бути забезпечено розгляд їхніх справ у розумні строки і з дотриманням всіх гарантій справедливого суду.

При вирішенні питання, кого слід визнавати політичними в'язнями, може стати в нагоді і Європейська конвенція про видачу правопорушників і протоколи до неї, ратифіковані Україною 16 січня 1998 р. Адже зробивши це, наша держава погодилась з розумінням політичних злочинів, відображеним у цих міжнародно-правових актах. Згідно з останніми до політичних злочинів не належать: 1) вбивство або замах на вбивство глави держави чи члена його сім'ї; 2) злочини проти людства, зазначені у Конвенції про запобігання злочинів геноциду та покарання за нього; 3) злочини, перелічені в ст. 50 Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, ст. 51 Конвенції про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, зі складу збройних сил на морі, ст. 147 Конвенції про захист цивільного населення під час війни; 4) будь-які порушення законів і звичаїв війни, крім тих, що передбачені у зазначених положеннях Женевських конвенцій.

Отже, задля досягнення мети, озвученої авторами Закону № 792-VII, парламентарії мали: по-перше, диференціювати правовий статус «істинних» політичних в'язнів («в'язнів сумління», «в'язнів совісті») та осіб, які вчинили злочини з політичних мотивів; по-друге, визначити диференційовані механізми поновлення прав відповідних суб'єктів:

1) для в'язнів сумління – це реабілітація шляхом ухвалення спеціального Закону на зразок згаданого вище Закону України «Про реабілітацію осіб на виконання рішень Європейського суду з прав людини», в якому мало б бути чітко прописано, що відповідна категорія осіб вважається реабілітованою та автоматично поновленою в усіх своїх правах. При цьому, ухвалюючи подібний Закон, народні депутати повинні були відмовитися від використання в ньому термінів на кшталт «амністія» (як у Законі № 792-VII), «звільнення від кримінальної відповідальності (або ж покарання)» (як у Законі № 743-VII) тощо, які асоціюються не з реабілітацією, а з констатацією винуватості осіб та подальшою відмовою держави (частковою чи повною) від обмежень прав тих, хто вчинив злочин;

2) для осіб, котрі з політичних мотивів вчинили дії, які містять ознаки складів злочинів, – це справедливий та неупереджений суд. При цьому Верховна Рада України могла б привернути увагу судів і правоохоронних органів (наприклад, шляхом прийняття окремої постанови) до необхідності здійснити ретельну перевірку законності всіх рішень, прийнятих у рамках кримінальних проваджень щодо відповідних суб'єктів, зокрема, на предмет з'ясування того, чи не були вчинені дії відповідної категорії осіб у стані необхідної оборони чи крайньої необхідності (як ми пам'ятаємо, саме про необхідну оборону та крайню необхідність зазначали і експерти-правозахисники в Путівнику з визначення поняття «політичний в'язень»).

Так, у контексті крайньої необхідності подібна перевірка могла б стосуватися оцінки того, чи не є шкода правоохоронюваним інтересам, завдана діями певних осіб, меншою за відвернену ними шкоду, особливо з урахуванням тієї обставини, що в багатьох випадках їхні дії, з зовнішнього боку схожі на злочинні, були направлені на захист суспільних інтересів або інтересів держави від дій, спрямованих на узурпацію влади колишнім Президентом України Віктором Януковичем, на підрив основ національної безпеки і оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини – тобто дій, які законодавець визнав підставою для проведення люстрації (ч. 2 ст. 1 Закону № 1682-VII). При цьому слід зважати і на те, що інших шляхів для відвернення вказаних вище наслідків, крім порушення кримінального закону, відповідні суб'єкти не бачили.

Чудово усвідомлюємо, що юридична форма пропонованого рішення (за умови його ухвалення) навряд чи могла претендувати на бездоганність. Але головним тут є те, що реалізація рекомендованого нами механізму дозволила б, на відміну від Закону № 792-VII, сподіватися на реальне втілення в життя озвученої мети прийняття останнього – «недопущення політичних репресій і випадків застосування кримінальної юстиції для боротьби з політичними опонентами».

Розглянувши положення Закону № 792-VII через призму питання щодо конституційності Закону України «Про очищення влади», вважаємо, що ухвалення першого з цих законів у жодному разі не може і не повинне сприйматися як визнання неправосудності рішень стосовно зазначених у ньому осіб. Подібної точки зору дотримується П. Андрушко, який пише: ухваливши Закон № 792-VII, законодавець фактично визнав (констатував), що норми закону про кримінальну відповідальність щодо 42 осіб, визнаних політичними в'язнями (політичними опонентами), застосовані судами правильно (законно), але при цьому суди при кримінально-правовій кваліфікації дій підсудних керувались політичними мотивами [6]. Більше того: навіть реальне поновлення прав осіб, яких народні депутати віднесли до політичних в'язнів (а не імітація цього процесу шляхом прийняття Закону № 792-VII), не могло б вважатися доказом порушень закону при ухваленні відповідних процесуальних рішень.

Зроблений нами висновок базується на конституційних принципах: про поділ державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову; обов'язковості виконання судових рішень на всій території України; здійснення правосуддя виключно судами, які в сукупності виступають надійною гарантією того, що правову оцінку законності рішень суду може давати лише інший суд. Таку ж позицію займає з цього приводу ВСУ: «Рішення суду вважаються законними, доки вони не скасовані в апеляційному чи касаційному порядку або не переглянуті компетентним судом в іншому порядку. Виключне право перевіряти законність та обґрунтованість судових рішень має відповідний суд згідно з процесуальним законодавством; органи, які вирішують питання про дисциплінарну відповідальність та відповідальність за порушення присяги судді, не наділені законом повноваженнями оцінювати законність судового рішення» (п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 13 червня 2007 р. № 8 «Про незалежність судової влади»). Схожі за змістом міркування лунають з вуст голови Ради суддів України В. Сімоненко: «Відкриваючи кримінальні провадження щодо суддів за ст. 375 КК України у випадках, коли судові рішення в установленому законом порядку не переглядалися або переглядалися та не скасовані, органи прокуратури, ставлячи під сумнів такі судові рішення, які набули чинності, фактично привласнюють функції судів, що є порушенням Конституції України» [7].

Щоправда, не всіма правниками викладена позиція сприймається як аксіоматична. Так, з'ясовуючи законність застосування до суддів люстраційних процедур, М. Галабала робить висновок про те, що органи, уповноважені законом на розгляд справ про притягнення судді до юридичної відповідальності, мають право надавати оцінку законності та обґрунтованості судових рішень – навіть якщо ці рішення не були скасовані або змінені [8]. Утім, повністю розділити цю точку зору ми не можемо. По-перше, складно погодитись з твердженням про право інших, крім судів, органів давати правову оцінку законності судових рішень. Видається, що така позиція суперечить конституційному положенню про те, що правосуддя (а оцінка законності судових рішень, поза всяким сумнівом, є формою реалізації правосуддя) в Україні здійснюється виключно судами, а привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається (ч. 1 ст. 124 Конституції України). По-друге, варто брати до уваги той факт, що предметом дисциплінарних проваджень щодо суддів є не законність судових рішень, а поведінка суддів. Зокрема, в ч. 6 ст. 93 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» прямо зазначається, що повертається без розгляду звернення щодо відкриття дисциплінарного провадження щодо судді, яке стосується оскарження судового рішення, ґрунтується на доводах, що можуть бути перевірені лише судом вищої інстанції в порядку, передбаченому процесуальним законодавством. По-третє, на підтвердження свого висновку М. Галабала наводить кілька цікавих аргументів, серед яких чільне місце займає теза про належність презумпції правомірності судового рішення до числа спростовних. На думку правника, висловлене ним положення підтверджується тим фактом, що така презумпція може бути спростована в порядку трьох проваджень: апеляційного та касаційного оскарження, кримінального провадження (винесення вироку про неправосудність рішення, який згодом стає нововиявленою обставиною), дисциплінарного провадження.

Проте, при аналізі можливості застосування люстраційних процедур до суддів у зв'язку з ухваленням ними рішень, які не були скасовані, чомусь не береться до уваги та обставина, що Закон № 1682-VII передбачає автоматичну люстрацію суддів, які ухвалювали рішення щодо осіб, вказаних у Законі № 792-VII, без з'ясування законності таких рішень навіть з боку дисциплінарних органів, не кажучи вже про інші, більш складні та довготривалі (і, головне, – законні) процедури. Виходить, що правова оцінка законності рішень суддів, ухвалення яких стало підставою для їх люстрації, була надана Верховною Радою України – органом, який навіть М. Галабала не включив до списку суб'єктів, спроможних здійснювати подібну оцінку.

Звичайно, можна вказати на те, що реабілітація (а точніше – намагання її провести) певного кола осіб, здійснена шляхом ухвалення Закону № 792-VII, також частково порушує конституційний принцип здійснення правосуддя виключно судами. Але прийняття цього Закону слід сприймати як вимушений крок Верховної Ради України: остання, маючи на меті реабілітацію осіб, котрі, на думку парламентаріїв, зазнали кримінального переслідування з політичних мотивів, і водночас не знайшовши дієвих інструментів для реалізації цієї мети, прийняла політико-правове рішення, яке базувалося на принципах гуманізму та справедливості, але

при цьому певним чином порушувало принцип верховенства права. З цього приводу вважаємо за доречне згадати коментар М. Хавронюка стосовно нечинного зараз Закону України від 19 грудня 2013 р. «Про усунення негативних наслідків та недопущення переслідування та покарання осіб з приводу подій, які мали місце під час проведення мирних зібрань» (далі – Закон від 19 грудня 2013 р.). Науковець, обґрунтовано критикуючи «букву» вказаного Закону, все ж наголошує на тому, що його «дух» не може сприйматися інакше, як необхідність зробити все можливе для того, щоб максимально полегшити долю всіх учасників акцій протесту та масових заходів, що відбувалися у період з 21 листопада до 26 грудня 2013 р. у Києві та інших населених пунктах України, і в цей спосіб сприяти досягненню громадської злагоди в Україні [9].

Та одна справа, коли прийняте політико-правове рішення є підставою для полегшення долі учасників масових акцій протесту, і зовсім інша – коли воно виступає підставою для автоматичного настання негативних правових наслідків для певного кола суб'єктів. Показово, що, на відміну від Закону від 19 грудня 2013 р., у преамбулі якого вказується на те, що його ухвалення базується на принципі гуманізму, в ст. 2 Закону № 1682-VII основними принципами процесу очищення влади проголошено верховенство права та законність. І це цілком справедливо, адже зазначені принципи є неодмінними атрибутами кожної правової держави, до когорти яких віднесла себе і Україна (ст. 1 Конституції України).

Але вважати процес люстрації суддів (як і інших правозастосовувачів) таким, що відповідає принципу верховенства права, можна було б лише за умови визнання у встановленому законом порядку незаконності прийнятих ними рішень із наступним їх скасуванням (наприклад, шляхом констатації відсутності складу злочину в діях осіб, стосовно яких прийняті відповідні рішення, через визнання їх вчиненими в стані крайньої необхідності). При цьому необхідною умовою законності такої процедури мав би стати її індивідуальний, а не колективний характер. Тобто відповідна правова оцінка мала б даватися стосовно кожного окремого суб'єкта, віднесеного до політичних в'язнів, та інкримінованих йому порушень кримінального закону. Близьку за змістом позицію займає і Європейська комісія «За демократію через право» («Венеціанська комісія»), у Висновку № 788/2014 якої щодо Закону України «Про очищення влади» зазначається, що «під час очищення влади дуже важливо не звинувачувати суддів за законні дії і не застосовувати люстраційні заходи автоматично» (п. 77).

Отже, люстрація суддів та інших правозастосовувачів на підставі ч. 3 ст. 3 Закону № 1682-VII однозначно порушує принцип верховенства права. З цього приводу нам імпонують міркування Г. Колесник про те, що правова держава тим і відрізняється від первісного суспільства, що навіть злочинців судять відповідно до закону і держава гарантує: їхні права не буде порушено. Ми ж, прийнявши Закон України «Про очищення влади» в його чинній редакції, знову нехтуємо верховенством права та порушуємо права людини, задекларовані в Конституції України [10]. Перефразовуючи епічний вислів Тараса Бульби, мусимо констатувати: законодавець вказав на необхідність дотримання принципу верховенства права при проведенні люстрації, законодавець ним і знехтував.

Зроблений нами висновок у жодному разі не слід сприймати як намір стати «адвокатами» суддів, які підпадають під дію процедури люстрації. Ми цілком усвідомлюємо той факт, що окремі з них могли порушувати суддівську присягу, приймаючи незаконні рішення, які слугують підставою не лише для їх люстрації та відкриття щодо них дисциплінарних проваджень, а і для притягнення до кримінальної відповідальності. Але в тому-то і річ, що невідповідність окремих норм Закону України «Про очищення влади» принципу верховенства права, порушення ним засадничих демократичних цінностей і прав людини здатні призвести до краху люстраційних очікувань суспільства, компрометації самої ідеї очищення влади, а також настання негативних наслідків, подібних до тих, які мали місце в інших країнах (наприклад, Польщі і Сербії), де свого часу відбувався процес колективної люстрації.

1. Маляренко В.Т., Музика А.А. Амністія та помилування в Україні. – К., 2007. – С. 17.
2. Антологія української юридичної думки. В 10 т. Том 7: Кримінальне право. Кримінальний процес / відп. ред. О.М. Костенко. – К., 2004. – С. 611.
3. Музика А.А. Псевдоамністії: без елементарної системності законодавства неможлива єдність судової практики // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні. Матеріали Міжнародного симпозіуму 24–25 жовтня 2014 року. – К., 2014. – С. 121
4. Битяк Ю.П., Тютюгін В.І., Капліна О.В., Шило О.Г., Степанюк А.Х. Рекомендації щодо застосування кримінального закону у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні щодо повної реабілітації політичних в'язнів» № 792-VII // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 3. – С. 121.
5. Путівник із визначення поняття «Політичний в'язень» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.khpg.org/index.php?id=1384001187>.

6. Андрушко П. Юридична природа окремих положень, окремі кримінально-правові аспекти Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» щодо повної реабілітації політичних в'язнів» від 27 лютого 2014 р. № 792-VII // Юридичний вісник України. – 5–11 квітня 2014 р. – № 14.
7. Сімоненко В. Погрози суддям нищать справедливість // Голос України. – 18 березня 2015 р. – № 48.
8. Галабала М. Відповідальність судді за нескасоване рішення: pro et contra // Юридичний вісник України. – 14–20 березня 2015 р. – № 10.
9. Коментар Миколи Хавронюка стосовно закону про амністію [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-16-35/1560-komentar-mykoly-khavroniuka-stosovno-qzakonu-pro-amnistiiuq.html>.
10. Колесник Г. Очищення потрібне, але в юридичних рамках // Голос України. – 18 березня 2015 р. – № 48.

ДО ПИТАННЯ ПРО АДРЕСАТИВ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА¹

Відповідно до ч. 1 ст. 129 Конституції України, викладеної в редакції Закону України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», суддя при здійсненні правосуддя має керуватись верховенством права, а не просто підкорятись закону, як це було закріплено в попередній редакції вказаної конституційної норми. Висловимо окремі міркування з приводу цієї новели, «прив'язуючись» до кримінально-правової матерії.

Передусім зазначимо, що проблема праворозуміння є фундаментальною. У теорії права, як доводить А.Д. Машков, виокремлюють вузьке і широке праворозуміння та, своєю чергою, їхні окремі напрями (інтерпретації) з відповідними перевагами і вадами. Кожному типу праворозуміння притаманне своє визначення права, його соціального призначення і змісту. Нині триває пошук універсального, найбільш прийнятного погляду на те, що є правом, та як його розуміти [1, с. 169–192, 205]. Відоме висловлювання Канта про те, що юристи все ще шукають визначення права, залишається справедливим і в наші дні, а юридична думка, судячи з усього, приречена на нескінченний пошук такого визначення [2, с. 13].

Виявляється також, що надзвичайна складність і багатогранність поняття верховенства права робить безперспективною будь-яку спробу дати універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. А інтегральний підхід до інтерпретації верховенства права є залежним від праворозуміння, обстоюваного тим чи іншим правником; типології ж праворозуміння можна умовно розподілити на природно-правові, легістсько-позитивістські, соціологічно-позитивістські і комплексні (змішані) концепції [3, с. 273, 330–332, 338–340]. Це, однак, не зупинило ні «батьків» нашої Конституції, які в ч. 1 її ст. 8 проголосили, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права, ні ініціаторів аналізованих законодавчих змін, які не побоялись покласти на суддів обов'язок при здійсненні правосуддя керуватись верховенством права.

На невирішеність проблеми праворозуміння і відносність відповідних здобутків правничої науки один з авторів цих рядків був вимушений звернути увагу, готуючи відгук офіційного опонента на кандидатську дисертацію О.І. Денькович, присвячену питанням тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ). Авторка дисертації послідовно наполягала на тому, що істинний зміст кримінально-правової норми може бути встановлений лише в тому разі, якщо при її тлумаченні буде використаний не позитивістський, а природний тип праворозуміння. Виявляється, що прибічники останнього під правом розуміють свободу, справедливість, рівність, мораль, інтереси, деякі суспільні відносини та ідеї, внутрішній психічний стан, переживання, індивідуальний досвід людини. Яке конкретне явище кожна така особа вважає правом, залежить від її індивідуальних чи групових потреб та інтересів. Право має об'єктивний характер та існує незалежно від держави та законодавця. Критерієм вибору результату тлумачення кримінально-правової норми КСУ повинно бути право в його природно-правовому розумінні. Стверджувалось, що лише такий підхід дозволить КСУ дієво реагувати на юридичне свавілля законодавця і не допустити в кримінально-правове поле неправові закони [4, с. 23, 25–26, 40, 184].

Цілком очевидно, що проблема праворозуміння не могла бути розв'язана в межах кандидатської дисертації з кримінального права, у зв'язку з чим залишалось сприйняти на віру тезу О.І. Денькович про те, що «взяття на озброєння» КСУ саме і тільки природного типу праворозуміння забезпечить належне тлумачення кримінально-правових норм із встановленням їхнього істинного змісту. Постає, щоправда, питання, чому такий же результат не зможуть забезпечити наукова доктрина правового реалізму, яка окремими дослідниками протиставляється легістсько-нормативістській доктрині [5], концепція інтегративного праворозуміння, яка знайшла втілення в окремих рішеннях КСУ [4, с. 38], чи інші, цілком рівноправні за умов існуючого наразі методологічного плюралізму підходи до праворозуміння – концепції соціологічної та аналітичної юриспруденції, психологічна та онтологічна концепції права тощо. Після ознайомлення з наведеною позицією О.І. Денькович поставали і інші подібні питання. Чи не призведе використання КСУ або іншим тлумачем кримінально-правових норм широкого (природного, натуралістичного) розуміння права (особливо у викладеному вище ключі) до того, що свавілля законодавця буде замінено свавіллям інтерпретатора? Чому істинний зміст кримінально-правової норми (при тому, що кримінальному праву притаманна формальна визначеність як гарантія законності та однаковості застосування його норм) забезпечить природний тип праворозуміння, а не, наприклад, продуманий алгоритм тлумачення, який передбачає комплексне застосування розроблених наукою і практикою способів і методів тлумачення?

В юридичній літературі висловлюються різні погляди на співвідношення кримінального права і кримінального закону. Найбільш чіткою і конструктивною вважаємо позицію В.О. Навроцького, який у цьому

¹ Стаття написана в співавторстві з К.Б. Дудоровою та опублікована: Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 28–29 жовтня 2016 р. / за заг. ред. Т.О. Коломощ. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 124–132.

співвідношенні виділяє, зокрема, такі аспекти: 1) якщо кримінальне право виражає уявлення суспільства про злочинність, караність і суміжні поняття, то кримінальний закон – вимоги держави в цій сфері; 2) кримінальне право – це система положень, які виробляються суспільством протягом всього його розвитку, відзначаються стабільністю і можуть слугувати засобом стабілізації закону та обмеження свавілля законодавця; натомість кримінальний закон виражає волю та інтереси законодавця чи лобістських груп на конкретному етапі існування держави і постійно зазнає змін; 3) джерелами кримінального права є чимало як писаних, так і неписаних актів, у той час, як джерелом кримінального закону – лише відповідний юридичний акт; 4) право складається з норм, а закон – зі статей, які об'єднуються в розділи і частини; причому на загальну та особливу частини поділено не кримінальне право, а кримінальний закон; 5) наявні суперечності між правом і законом мають зніматись у процесі законотворчості, а не застосування закону; правозастосувач не може підмінити собою законодавця; 6) принцип верховенства права адресований насамперед законодавцю; при правозастосуванні головне – принцип законності [6, с. 22–23].

Співзвучними наведеним вище міркуванням є висловлювання С.Я. Лихової про те, що стосовно кримінального права як галузі, де застосовуються чіткі орієнтири в обмеженні природних прав людини і визначені підстави такого обмеження, ототожнення принципу верховенства права із принципом верховенства закону є єдино правильним кроком [7, с. 42]. З приводу конституційного положення про те, що в Україні визнається та діє принцип верховенства права, І.І. Котюк ставить питання, про яке право в цьому випадку йдеться, – кримінальне, адміністративне, цивільне чи якесь інше? Звертається увага на те, що принцип верховенства права запозичений з англо-американської правової системи, у межах якої верховенство права означає верховенство прав людини. Правова ж система України базується на принципах романо-германської правової системи, в якій верховенство права означає верховенство закону, встановленого державою, і над людиною, і над самою державою [8].

Загалом поділяючи викладену позицію і, відповідно, сумніваючись в обґрунтованості змін ч. 1 ст. 129 Конституції України, водночас хотіли б уточнити, що, на наш погляд, принцип верховенства права має бути адресований як законодавцю, так і КСУ. Так, вимога розроблення та ухвалення якісного, визначеного, врешті-решт правового закону як безспірна складова принципу верховенства права [3, с. 287–288, 305–306; 9, с. 184] стосується законодавця, а не правозастосувача. До речі, в одному з рішень КСУ можна прочитати, що верховенство права вимагає від держави його втілення, зокрема, в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає в себе і інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути і несправедливим [10].

Щодо актів КСУ, то вони відіграють важливу роль у забезпеченні несуперечності кримінально-правових норм конституційно-правовим приписам, засадам верховенства права і прямої дії норм Основного Закону країни. Із приводу особливої значущості такого роду правових актів пригадується висловлювання дореволюційного дослідника І.В. Михайловського про те, що саме суд, який перевіряє конституційність закону, стає істинним охоронцем конституції, захисником прав особистості навіть усупереч законодавчій владі, якщо вона захопиться тимчасовими течіями, суперечними духу конституції [11, с. 5]. Показово, що сучасні зарубіжні фахівці відзначають таку тенденцію в кримінально-правовому розвитку, як конституціоналізація кримінального права, і формування «конституційного кримінального права» як відносно самостійної підгалузі знань, утвореної за рахунок численних рішень органів конституційного контролю, ухвалюваних із різних кримінально-правових питань [12, с. 95–97]. У випадку визнання певного закону чи його положення неконституційним рішенням КСУ має дію, аналогічну дії закону, що скасовує певне положення іншого закону. Рішення КСУ про неконституційність певної норми кримінального закону є самодостатнім, остаточним, загальнообов'язковим і не потребує підтвердження з боку законодавчого органу – імплементації до КК шляхом ухвалення нового закону. Приймаючи таке рішення, КСУ фактично виступає в ролі «негативного правотворця» і, на відміну від парламенту, не може створювати нову норму замість тієї, що втратила чинність. На користь обстоюваного нами положення про те, що не лише законодавець, а і КСУ має бути адресатом принципу верховенства права, вказує і ст. 151-1 оновленої Конституції, згідно з якою КСУ вирішує питання про конституційність закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон суперечить Конституції України.

Тезу про дискусійність (щоб не сказати – сумнівність) покладання на суд (уточнимо ще раз – загальної, а не конституційної юрисдикції) обов'язку керуватись в кримінальному провадженні аморфним верховенством права замість чіткого обов'язку підкорятись закону спробуємо проілюструвати на прикладі впливу на кримінально-правову кваліфікацію негативної невибачливої помилки щодо віку потерпілої.

Нагадаємо, що позиція Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ), який стосовно неповнолітнього і малолітнього віку потерпілого від зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті непри-

родним способом допускає «необережність» (п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 30 березня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи»), більшістю вітчизняних науковців визнається теоретично необґрунтованою на тій підставі, що в складі умисного злочину кожна його об'єктивна ознака (включаючи вік потерпілої особи як невід'ємна характеристика об'єкта посягання) має усвідомлюватись суб'єктом злочину, у зв'язку з чим змішаного психічного ставлення тут бути не може. У літературі з цього питання існує і інша позиція, суть якої полягає в такому: якщо в законі немає вказівки на завідомість і на шкоду або не визначене психічне ставлення до неї, то відображення у психіці суб'єкта ознаки потерпілого може бути троїстим: усвідомлення цієї ознаки; усвідомлення можливості її наявності; неусвідомлення за умови, що винний міг і повинен був її усвідомлювати [13, с. 142–144]. Так, у відгуку офіційного опонента О.М. Литвинова на кандидатську дисертацію О.Д. Комарова «Фактична помилка в кримінальному праві України та її значення для кримінальної відповідальності» (Харків, 2015 р.) зазначається, що при зґвалтуванні неповнолітньої чи малолітньої особи або при насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом вік потерпілої особи відноситься до ознак, які суб'єкт злочину повинен усвідомлювати. Інша річ, що в ст. 152 і ст. 153 КК прямо не вказано на можливість необережного ставлення винного до віку потерпілої особи, але це жодним чином не зменшує суспільної небезпечності вчинення таких злочинів, а тому повинно обов'язково враховуватись при кваліфікації. Необережне ставлення до неповнолітнього або малолітнього віку потерпілої особи може бути враховано при призначенні покарання, але, на думку О.М. Литвинова, не повинно виключати кваліфікацію діяння за відповідними частинами ст. 152 і ст. 153 КК.

Із викладеного стає зрозуміло, що забезпечити однаковість кримінально-правової кваліфікації в подібних випадках за умови, що суддя керуватиметься принципом верховенства права в його (конкретного правозастосувача) інтерпретації, буде неможливо. Нам імпонує підхід А.В. Айдинян, яка висловлюється за зміну існуючих правозастосовних орієнтирів, виходячи з того, що не лише вибачлива, а і невибачлива негативна помилка щодо віку потерпілої особи обумовлює неусвідомлення відповідної об'єктивної ознаки, а тому змістом умислу охоплюватись не повинна. Дослідниця вважає, що відповідне роз'яснення повинне мати такий вигляд: «Кримінальна відповідальність за вчинення зґвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом щодо такої настає лише за умови, якщо винний знав про вік потерпілої особи, припускав, що вона може бути неповнолітньою чи малолітньою, або ця обставина для нього не мала значення. Неповнолітній або малолітній вік потерпілої особи не може бути підставою для кваліфікації зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом за частиною третьою чи четвертою статті 152 КК або частиною другою чи третьою статті 153 КК, якщо буде встановлено, що винна особа помилково вважала, що потерпіла досягла неповнолітнього чи малолітнього віку» [14, с. 165]. Таким чином, А.В. Айдинян вважає, що будь-яка негативна помилка щодо віку потерпілої особи (як вибачлива, так і невибачлива) повинна виключати інкримінування ознак складів вказаних злочинів, пов'язаних із цим віком. На нашу думку, способом усунення позначеного випадку «необережності в умислі» (неоднорідності психічного ставлення особи до окремих ознак складу злочину) могла б стати законодавча вказівка в ст. 152 і ст. 153 КК на завідомість щодо неповнолітнього та малолітнього віку особи, потерпілої від зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Розглянемо ще одну позбавлену однозначності ситуацію, пов'язану із застосуванням кримінального закону. Йдеться про взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою, відповідно. Стосовно цих групових форм співучасті не спрацьовує принцип «матрьошки», згідно з яким менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної. Така кваліфікуюча ознака, як вчинення злочину групою осіб, *de lege lata* не може бути інкримінована, якщо встановлено попередню змову між учасниками групи. При вчиненні злочину (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за попередньою групою осіб, якщо в складі відповідного злочину як кваліфікуючу ознаку передбачено вчинення його лише «групою осіб», дії співвиконавців мають кваліфікуватись без інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки. Тобто вести мову про дотримання правил законодавчої техніки при описанні групових форм співучасті не доводиться. Отже, наприклад, якщо п. 12 ч. 2 ст. 115 КК встановлюватиме відповідальність за умисне вбивство, вчинене саме і тільки групою осіб, як це інколи пропонується в літературі [15, с. 193–194] (а не групою осіб за попередньою змовою, як зараз), то умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, не зможе бути кваліфіковане за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Однак чи можна вважати адекватною (справедливою) кваліфікацію відповідного злочину за частиною першою тієї чи іншої статті КК, якщо злочин фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК не містить? Звичайно, ні. Уявимо собі, що суддя місцевого суду при розгляді відповідної кримінальної справи керується верховенством права, а не підкоряється, як раніше, закону. Якою в такому разі буде кваліфікація розглядуваних злочинних дій? Сумніваємось у тому, що інкримінуватиметься ч. 1 відповідної статті, бо така кримінально-правова оцінка через відвертий законодавчий «ляп» є явно несправедливою. При цьому згідно зі ст. 8 КПК України кримінальне провадження має здійснюватись

з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Із цього декларативного і позбавленого конкретики положення не зрозуміло, про яку людину йдеться, – потерпілого від злочину, інтересами якого, вочевидь, у першу чергу має опікуватись держава, чи все ж обвинуваченого (підсудного), щодо якого має застосовуватись імператив конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікуються».

De lege ferenda варіантами розв'язання позначеної вище кримінально-правової проблеми, пов'язаної зі співучастю у злочинах, може бути доповнення ст. 28 КК одним із таких положень: під злочинном, вчиненим групою осіб, слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини КК [16, с. 4, 8, 13, 14]; злочин визнається вчиненим групою осіб, якщо в ньому брали участь декілька (два або більше) співвиконавців незалежно від наявності попередньої змови між ними на вчинення цього злочину (с.д. Шапченко). Схожу позицію зайняла І.М. Карпенко, вказавши на неправильність інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину групою осіб» у випадку вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою і доцільність відповідного уточнення ч. 1 ст. 28 КК [17, с. 9, 15].

Розгляд усього двох згаданих спірних питань кримінально-правової кваліфікації (а їх нараховується десятки, якщо не сотні) засвідчує, що для вирішення конкретних кримінально-правових проблем потрібні чіткі нормативні і правозастосовні орієнтири, засновані на здобутках доктрини. Надання ж суду загальної юрисдикції на підставі оновленої ч. 1 ст. 129 Конституції України фактичної можливості оцінювати кримінальний закон на предмет того, чи є він правовим у сенсі справедливим (адже конкретний суддя може і не бути юридичним позитивістом), і, відповідно, вирішувати за своїм розсудом питання, чи підлягає цей кримінальний закон застосуванню, може призвести до хаосу в правозастосуванні.

До речі, такий же сумний результат може бути досягнутий і за рахунок реалізації закріпленого в ч. 6 ст. 13 Закону України від 2 червня 2016 р. «Про судоустрій і статус суддів» права суду відступити від правової позиції Верховного Суду з наведенням відповідних мотивів. «...це положення нівелює обов'язковість висновків ВСУ щодо застосування норми права, оскільки надає можливість будь-якому суду в Україні ігнорувати правову позицію вищої судової інстанції» [18]. Оскільки для будь-якого грамотного судді не складно буде відшукати (придумати) мотиви його незгоди з правовою позицією Верховного Суду, відповідне право суду *de lege ferenda* слід обумовити зміною норм Конституції України або набранням чинності міжнародним договором, які здатні вплинути на зміст правової позиції Верховного Суду, сформульованої раніше, а так само зміною закону, тлумачення якого здійснювалось Верховним Судом в його правовій позиції.

Створюється враження, що небезпеку розвитку подій, за якого про сталість та єдність (однаковість) судової практики годі й буде вести мову, усвідомили і реформатори. Адже в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» зафіксовано (певною мірою всупереч ч. 1 ст. 129 Конституції України), що суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права (керуючись верховенством права) (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 48, ч. 1 ст. 57 Закону) і що судді зобов'язані розглядати і вирішувати судові справи відповідно до закону (ч. 7 ст. 55 Закону). До того ж ухвалення Закону України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» не призвело до змін ст. 19 Конституції України, яка, закріплюючи принцип законності, передбачає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Принцип законності закріплено і в ст. 9 КПК України, а зі ст. 7 цього Кодексу впливає, що і законність, і верховенство права є, так би мовити, рівноправними загальними засадами кримінального провадження.

Таким чином, принаймні в частині розгляду кримінальних справ значущість (революційність) конституційного положення про те, що суддя при здійсненні правосуддя має керуватись верховенством права, не варто переоцінювати. Пріоритетним при здійсненні кримінального провадження має залишатись принцип законності.

1. Машков А. Д. Теорія права : підручник / А. Д. Машков. – К. : ВД «Дакор», 2015. – 492 с.
2. Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 С.
3. Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права : збірник наукових статей / гол. ред. А. Мелешевич. – К. : ДУХ І ЛІТЕРАТУРА, 2013. – 608 с.
4. Денькович О. І. Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Денькович Ольга Іванівна. – Львів, 2015. – 270 с.
5. Кампо В. Система джерел права в актах КСУ : практичні аспекти / В. Кампо, Р. Гринюк, В. Устименко // Юридичний вісник України. – 11–24 травня 2013 р. – № 19–20.

6. Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство : співвідношення понять / В. Навроцький // Право України. – 2011. – № 9. – С. 20–24.
7. Лихова С. Я. Верховенство права Європейського Союзу як одна з причин реформування кримінального законодавства України / С. Я. Лихова // Новітні кримінально-правові дослідження-2016 : збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв : Іліон, 2016. – С. 40–43.
8. Котюк І. Вітчизняна правова система загрожує нашій національній безпеці / І. Котюк // Голос України. – 26 жовтня 2012 р. – № 202.
9. Сидоренко О. М. Застосування принципу верховенства права при здійсненні правосуддя / О. М. Сидоренко, В. В. Власенко // Новітні кримінально-правові дослідження-2016 : збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв : Іліон, 2016. – С. 182–186.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року №15-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.
11. Елинский А. В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении : монография / А. В. Елинский. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.
12. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть : монография / под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 448 с.
13. Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : наук.-практ. посібник / О. О. Дудоров. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 352 с.
14. Айдинян А. В. Фактична помилка у кримінальному праві : основні теоретичні і практичні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Айдинян Анжела Василівна. – К., 2016. – 321 с.
15. Ганова Г. О. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Ганова Ганна Олександрівна. – К., 2012. – 221 С.
16. Біла Ю. В. Кримінальна відповідальність за групові злочини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Ю. В. Біла. – Дніпропетровськ, 2009. – 20 С.
17. Карпенко І. М. Особливі ситуації співучасті у злочині за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / І. М. Карпенко. – К., 2015. – 19 с.
18. Романюк Я. Детермінанти корупції в судовій системі України, або Чи можна очікувати позитивного ефекту від повного оновлення суддівського корпусу / Я. Романюк, Є. Лашук // Право України. – 2016. – № 6. – С. 150.

БЛАНКЕТНІСТЬ І ЗВОРОТНА СИЛА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Однією з пов'язаних із бланкетністю проблем, які не знайшли однозначного вирішення в юридичній літературі (праці Ю.В. Бауліна, Б.В. Волженкіна, Н.О. Гурової, О.І. Денькович, А.Е. Жалінського, О.К. Маріна, В.О. Навроцького, М.І. Панова, М.І. Пікурова, Ю.А. Пономаренка, М.І. Хавронюка, І.В. Шишко, П.С. Яні, Г.З. Яремко та ін.), є обрання належного варіанту кримінально-правового реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто порушив кримінальний закон, стає результатом змін не цього закону, а тих іншогогалузових джерел права (як правило, нормативно-правових актів), до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК. У зв'язку з цим метою пропонованої статті є аналіз та узагальнення відповідних доктринальних підходів і пошук на підставі цього можливих варіантів законодавчого розв'язання позначеної кримінально-правової проблеми.

Один із теоретичних підходів (умовно кажучи, традиційний) полягає в тому, що оновлення нормативного матеріалу, який конкретизує положення кримінального закону, не означає зміни останнього. Вважається, що норми регулятивного законодавства, які лише деталізують ознаки складів злочинів і не визначають межі дії кримінального закону (останнє – прерогатива КК), не повинні охоплюватись режимом кримінального права. Звідси випливає положення про неприпустимість зворотної сили КК у випадку застосування кримінально-правових заборон, побудованих за допомогою змінюваних норм іншої галузевої належності, тобто норм КК із бланкетними диспозиціями. Хоч на усунення злочинності діяння зміни в суміжних із КК некримінальних законах і підзаконних актах або їх скасування можуть впливати, цими перетвореннями положення КК, чинні на момент скоєння злочину, не зачіпаються. Тому вказані законодавчі зміни, спроможні викликати втрату суспільної небезпеки злочину, пропонується розглядати як об'єктивний критерій зміни обстановки [1, с. 54; 2, с. 153; 3, с. 165; 4, с. 303, 319, 500–502; 5, с. 45–47].

Розглядаючи справу щодо офіційного тлумачення положень ст. 58 Конституції України, статей 6, 81 КК 1960 р. (справа про зворотню дію кримінального закону в часі), Конституційний Суд України (далі – КСУ) зайняв подібну позицію, зазначивши в своєму рішенні від 19 квітня 2000 р., що бланкетна диспозиція має загальний і конкретизований зміст. Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документною формою відповідної статті Особливої частини КК України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції, вважає КСУ, пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності. Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом. Зазначається також, що зміни, які вносяться до нормативно-правових актів інших галузей права, посилення на які містить бланкетна диспозиція, не змінюють словесно-документну форму кримінального закону. Звідси робиться висновок про те, що кримінальний закон за наявності нового, конкретизованого іншими нормативно-правовими актами змісту бланкетної диспозиції кримінально-правової норми не можна вважати новим – зміненим, а тому і не слід застосовувати щодо нього положення ч. 1 ст. 58 Конституції України і ч. 2 ст. 6 КК 1960 р. На думку КСУ, протилежний підхід означав би можливість зміни кримінального закону підзаконними нормативно-правовими актами, на які посиляється бланкетна диспозиція статті КК України (укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України тощо), що суперечило б вимозі п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якої виключно законами визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них [6].

При бажанні в наведеному обґрунтуванні можна побачити відсутність чіткого розмежування таких філософських категорій, як форма і зміст, ототожнення статті кримінального закону та кримінально-правової норми. Із КСУ варто, звичайно, погодитись у тому, що форма кримінального закону при зміні нормативно-правових актів іншої галузевої належності залишається незмінною; водночас твердження про незмінність у цьому випадку змісту бланкетної диспозиції кримінально-правової норми видається сумнівним. Конкретизований зміст кримінально-правової норми з бланкетною диспозицією не може існувати інакше, як у взаємозв'язку із загальним змістом цієї норми. До того ж якщо буквально сприйняти аргументацію КСУ, бути послідовним і виходити зі згаданого конституційно-правового припису про визначення злочину виключно законом, то взагалі можна зробити висновок про неконституційність існування як таких кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями.

Визнаючи можливість декриміналізації діянь як результату зміни нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, О.І. Денькович водночас вважає, що у випадку такої декриміналізації неправильно вести мову про зворотню дію в часі правових норм. Свою позицію авторка аргументує тим, що і Конституція України, і КК України зворотню дію в часі визнають не за правовими

¹ Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 5. – С. 175–180.

нормами, а за законами та іншими нормативно-правовими актами, їх статтями. Звідси робиться висновок про відповідність чинному законодавству висновку КСУ про те, що внаслідок внесення змін до законодавства, до якого відсилає кримінально-правова норма з бланкетною диспозицією, кримінальний закон не матиме зворотної дії в часі. Водночас констатується, що такий висновок КСУ суперечить позиції Європейського суду з прав людини, який в цьому разі обстоює не формальний, а змістовний підхід. Цікавою є думка О.І. Денькович про те, що обстоюваний КСУ поділ змісту бланкетних кримінально-правових норм на загальний та конкретизований суперечить правилам логіки, оскільки лише один зміст кримінально-правової норми може бути істинним: або загальний або конкретизований [7, с. 70–71, 96–102].

І.В. Шишко, яка здійснила глибоке дослідження проблем бланкетності стосовно злочинів у сфері економічної діяльності, пише, що ст. 10 КК РФ (аналог ст. 5 КК України, присвяченої зворотній силі закону про кримінальну відповідальність), закріплює положення про зворотну силу не будь-якого закону, а саме кримінального закону, що унеможливорює застосування цієї статті КК щодо нормативно-правових актів інших галузей. Стверджується, що положення про зворотну силу кримінального закону не застосовується до регулятивних норм з огляду на різницю їх юридичних галузевих режимів. Так, скасування раніше встановленого податку, що фактично означає декриміналізацію ухилення від його сплати, не тягне за собою зміну кримінально-правової оцінки раніше вчиненого діяння. Однак в окремих випадках зміна нормативно-правових актів інших галузей права може призвести до втрати суспільної небезпеки вчиненого діяння, що слугує підставою для застосування ч. 2 ст. 14 КК РФ [8, с. 90–99, 208].

Як бачимо, І.В. Шишко не вважає за потрібне з'ясовувати співвідношення формулювань, наведених у ст. 10 КК РФ і ст. 54 Конституції РФ, при тому, що конституційна норма про застосування нового закону у випадку усунення або пом'якшення ним відповідальності за вчинене правопорушення, за висловлюванням А.Е. Жалінського, в стислому вигляді підсумовує зміст ст. 10 КК РФ «Зворотна сила кримінального закону» та є критерієм перевірки її конституційності [9, с. 16]. Вважаю також, що ті чи інші події, які відбуваються вже після вчинення діяння, забороненого КК, при юридичній оцінці скоєного доречніше враховувати в порядку застосування кримінально-правової норми про зміну обстановки, а не про малозначність діяння.

У п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 18 листопад 2004 р. № 23 «Про судову практику у справах про незаконне підприємництво і легалізацію (відмивання) грошових коштів чи іншого майна, придбаних злочинним шляхом» роз'яснюється, що якщо федеральним законодавством з переліку видів діяльності, здійснювати які дозволено тільки на підставі спеціального дозволу (ліцензії), виключено відповідний вид діяльності, то в діях особи, яка займається таким видом діяльності, відсутній склад злочину, передбаченого ст. 171 КК РФ. Коментуючи це роз'яснення, П.С. Яні зазначає, що фактично Пленум вимагає застосовувати ст. 10 КК РФ, присвячену зворотній силі кримінального закону, у випадках, коли без формальної зміни кримінального закону він, з огляду на його бланкетність, змінюється змістовно одночасно з відповідними змінами у регулятивному (позитивному) законодавстві [10, с. 11–12].

На мій погляд, Пленум Верховного Суду РФ, визнаючи можливість декриміналізації, зумовленої бланкетністю диспозицій кримінально-правових норм і відповідним впливом на них змін у регулятивному законодавстві, все ж залишив відкритим питання, яка саме норма підлягає застосуванню у випадку згаданої декриміналізації – ст. 10 КК РФ чи ст. 54 Конституції РФ. Роз'яснення ж про те, що скасування податку чи збору або зниження розміру їх ставок має братись до уваги при підрахунку шкоди, заподіяної злочинним ухиленням від сплати податків і зборів, лише за тієї умови, що відповідному акту податкового законодавства надано зворотну силу (п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 28 грудня 2006 р. № 64 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про відповідальність за податкові злочини»), свідчить про те, що вища судова інстанція РФ так остаточно і не визначалась з питання, чому саме – декриміналізації або зміні обстановки – слід надавати перевагу у розглядуваній ситуації. Можна сказати, що, даючи наведене роз'яснення про кримінально-правову оцінку порушень податкового законодавства, Пленум Верховного Суду РФ не пішов далі відтворення законодавчого застереження, закріпленого в ст. 5 Податкового кодексу РФ. До речі, на думку М.І. Пікурова, подібне застереження доцільно було б передбачити і в КК РФ. Названий дослідник вважає, що, за загальним правилом, правила техніки безпеки, як і інші техніко-юридичні норми, не можуть мати зворотної сили [11, с. 38; 12, с. 153].

В юридичній літературі з розглядуваної проблеми зустрічається і інший підхід, який визнає існування так званої опосередкованої декриміналізації, притаманної саме для кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями, – випадків, коли зменшення обсягу криміналізації відбувається без зміни тексту закону про кримінальну відповідальність. Стверджується, що зміни в регулятивному законодавстві, до приписів якого зобов'язують звертатись бланкетні диспозиції статей КК, здатні впливати на зміст ознак передбачених ними складів злочинів із так званою змішаною протиправністю, тобто ці зміни набувають кримінально-правового характеру. Інакше кажучи, зміни іншого галузевих (щодо КК) нормативно-правових актів за юридичними наслідками порівнювані зі змінами самого кримінального закону. До законів або інших нормативно-правових

актів, що пом'якшують або скасовують кримінальну відповідальність особи, треба відносити і ті акти, які не є кримінальним законом (законом про кримінальну відповідальність), але які конкретизують положення бланкетних диспозицій кримінально-правових норм, визначають зміст кримінально-правових понять та ознак складів злочинів. Темпоральна дія актів регулятивного законодавства через їх тісний зв'язок із бланкетними диспозиціями кримінально-правових норм має підкорятись положенню про зворотну силу кримінального закону. Зазначається також, що висновок про криміналізацію або декриміналізацію при бланкетній диспозиції норми КК потрібно робити на підставі системного аналізу кримінального закону і норм іншого правового акту, до якого відсилає ця бланкетна диспозиція, а зворотну дію в часі повинен мати будь-який кримінальний закон, що скасовує або пом'якшує кримінальну відповідальність, незалежно від того, відбулося це у зв'язку зі зміною його форми, змісту або форми і змісту одночасно [13, с. 223; 14, с. 109–122]

Цікаво, що аналогічний підхід знайшов відображення в одній з ухвал Конституційного Суду РФ (ухвала від 10 липня 2003 р. № 270-О «Про відмову в прийнятті до розгляду запиту Курганського міського суду Курганської області про перевірку конституційності частини першої статті 3, статті 10 Кримінального кодексу Російської Федерації і пункту 13 статті 397 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації»). У цій ухвалі зазначено, що положення ст. 10 КК РФ, хоч з огляду на специфіку предметів правового регулювання вони безпосередньо закріплюють правові наслідки прийняття саме кримінального закону, не виключають можливості надання зворотної сили законам іншої галузевої належності тією мірою, якою цими законами обмежується сфера кримінально-правового регулювання. Декриміналізація тих чи інших діянь може здійснюватись не лише шляхом внесення змін до кримінального законодавства, а і, зокрема, шляхом скасування нормативних приписів іншої галузевої належності, до яких відсилають бланкетні норми кримінального закону [15, с. 194].

У межах викладеного підходу скасування, наприклад, податку і збору, що входить у систему оподаткування, треба визнавати не зміною обстановки – передумовою дискреційного звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченого ст. 48 КК, а опосередкованою декриміналізацією, оскільки в такому випадку при незмінності описово-бланкетної диспозиції ст. 212 КК України обсяг передбаченої нею кримінально караної поведінки фактично звужується. Такий же висновок слід робити стосовно ст. 197-1 КК України «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» – в частині кримінально-правової оцінки фактів використання земельних ділянок без оформлення державної реєстрації права на певну земельну ділянку або без отримання відповідного державного акта, оскільки згідно зі змінами в регулятивному законодавстві вказані земельні правопорушення наразі не визнаються самовільним зайняттям землі. Опосередковану декриміналізацію треба вбачати і у випадку скорочення уповноваженим державним органом переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів – предметів злочинів, передбачених розділом XIII Особливої частини КК України «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення» (відповідне питання ставилось свого часу перед членами Науково-консультативної ради Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ).

Л.М. Демидова не сумнівається в тому, що обсяг криміналізації та декриміналізації діянь, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями, залежить від змін у змісті відмінних від КК нормативно-правових актів, до яких відсилають зазначені диспозиції. Дослідниця ставить питання про ухвалення КСУ нового (порівняно з ухваленим 19 квітня 2000 р.) рішення, в якому вирішувалось б питання про зворотну дію кримінального закону з визначенням у ньому загальних підходів до подолання колізій, існуючих у випадку бланкетних диспозицій статей КК, і внесення змін до обсягу ознак складів злочинів іншими нормативно-правовими актами [16, с. 159, 166, 170–171]. Розмірковуючи подібними чином, М.І. Панов і Н.Д. Квасневська пишуть: «При зміні нормативно-правових актів і їх норм, що входять до змісту бланкетних диспозицій, відповідним чином змінюється і зміст закону про кримінальну відповідальність. У випадках коли змінений таким чином закон про кримінальну відповідальність скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, він згідно ч. 1 ст. 5 КК України повинен мати зворотною дію у часі, тобто поширюватися на осіб, які вчинили відповідне діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість» [17, с. 396].

На мою думку, покликані регламентувати не кримінально-правові наслідки вчинених злочинів, а правомірну поведінку особи у певних сферах життєдіяльності нормативно-правові акти, до яких передусім відсилають бланкетні диспозиції норм КК України, незважаючи на їх вагомий вплив на окреслення меж злочинного, не можуть визнаватись законом про кримінальну відповідальність, як цього прямо (формально) вимагає чинна редакція ст. 5 КК України (ст. 10 КК РФ). Як правильно зазначає О.І. Бойко, в КК зворотна сила поєднується лише з кримінальним законом [18, с. 49]. Г.З. Яремко слушно називає нормативно-правові акти, нормативно-правові договори і правові звичаї, які застосовуються для конкретизації бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК України, додатковою нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації і водночас відмінними від джерел кримінального законодавства джерелами кримінального права [19, с. 11, 13, 29–38, 71,

196]. Переконлива аргументація на користь положення про визнання іншогогалузових нормативно-правових актів, що використовуються при бланкетній конструкції кримінального закону, формальним джерелом кримінального права (але не законодавства) наводиться К.В. Ображиевим [20, с. 109–129].

Чинний КК України, категорично проголошуючи, що саме він становить собою законодавство України про кримінальну відповідальність, на відміну від альтернативного проекту КК України, підготовленого авторським колективом на чолі з В.М. Смітєнком за завданням Комісії Верховної Ради України 12-го скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю, не містить положення про віднесення до джерел кримінального законодавства, зокрема, інших нормативних актів, які безпосередньо в КК не згадуються, але враховуються в нормах із бланкетними диспозиціями (ст. 6 законопроекту).

Інколи для розв'язання аналізованої проблеми ст. 10 КК РФ пропонується доповнити положення про те, що кримінальний закон має зворотну силу і в тому випадку, коли вносяться зміни та доповнення до нормативно-правових актів, посилання на які містяться в кримінальному законі при визначенні злочинності діяння, або коли ці акти визнаються такими, що втратили силу [15, с. 194]. Пропозиція врегулювати в законодавчому порядку в інтересах того, хто притягується до кримінальної відповідальності, питання про зворотну силу кримінального закону з бланкетною диспозицією при зміні останньої, звичайно, заслуговує на схвалення. Водночас стосовно викладеного формулювання варто зауважити, що в розглядуваній ситуації точніше вести мову про зворотну силу не кримінального закону як такого, а зміненої кримінально-правової норми [21, с. 119–120] як системного утворення, що складається із власне кримінально-правового припису і положення «некримінального» нормативно-правового акта. Тут вважаю за доречне навести твердження М.І. Панова про те, що за наявності змішаної протиправності, зумовленої конструюванням кримінальних законів із бланкетними диспозиціями, кримінально-правова норма міститься як у кримінальному законі, так і в інших (некримінальних) законах чи підзаконних нормативно-правових актах, що конкретизують та уточнюють відповідну кримінально-правову норму [22, с. 18–19]. У подібному ключі розмірковує О.І. Денькович: «Кримінально-правова норма, яка закріплена у статті, що містить посилання на іншогогалузові нормативні приписи, є умовиводом із положень кримінального закону та іншогогалузових нормативних положень. Такий умовивід не є конкретизованим змістом кримінально-правової норми, як вказує КСУ, а є фактично цією кримінально-правовою нормою, судженням, висновком із двох засновків, положень двох нормативних приписів: кримінального та іншогогалузового» [7, с. 99–100].

Знайти при цьому правову підставу для надання зворотної сили саме кримінально-правовій нормі із бланкетною диспозицією зі змінюваним «регулятивним змістом» не видається за можливе. Вище вже наводилась слушна думка О.І. Денькович про те, що і Конституція України, і КК України зворотню дію в часі визнають не за правовими нормами, а за законами та іншими нормативно-правовими актами, їх статтями. Тому з погляду чинного законодавства мову варто вести про зворотну силу нормативно-правового акта (прирівнюваного до нього джерела) іншої галузевої належності, до якого треба звертатись при застосуванні кримінально-правової норми з бланкетною диспозицією.

Незважаючи на те, що з урахуванням викладеного вище ст. 5 КК України навряд чи може застосовуватись у випадку опосередкованої декриміналізації, на остаточний висновок про зворотну силу нормативно-правового акта в такому разі це не впливає. Річ у тім, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції України), сформульована порівняно зі ст. 5 КК України більш широко – таким чином, що вона охоплює випадки опосередкованої декриміналізації. Адже нею передбачено зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також).

П.М. Рабінович, коментуючи ч. 1 ст. 58 Конституції України, справедливо звертає увагу на те, що цей конституційно-правовий припис стосується не лише санкцій, а і диспозицій і гіпотез юридичних норм, що містяться в законах та інших нормативно-правових актах. «... не можуть мати зворотної дії юридичні норми, які встановлюють нові права й обов'язки чи заборони, оскільки порушення таких прав, невиконання таких обов'язків, недотримання таких заборон завжди буде новим видом («складом») правопорушень» [23, с. 302]

Таким чином, поки ч. 1 ст. 5 КК України, яка вважається втіленням у кримінальне законодавство (конкретизацією) ч. 1 ст. 58 Конституції України, не охоплює собою випадки опосередкованої декриміналізації, за наявності останньої варто звертатись безпосередньо до згаданої норми Основного Закону країни, яка містить універсальне формулювання. До речі, думка про пріоритет вказаного конституційного припису висловлюється багатьма дослідниками, які не можуть не зважати на найвищий (конституційний) рівень закріплення положення про зворотну силу певних нормативно-правових актів [13, с. 227] Так, прибічником використання у випадку опосередкованої декриміналізації ч. 1 ст. 58 Конституції України виступає А.А. Музика, який називає рішення КСУ від 19 квітня 2000 р. одіозним [24, с. 348–349] Якщо використати термінологію В.П. Коняхіна [25, с. 53–54], то звернення до Основного Закону при кримінально-правовій оцінці вчиненого у випадку опосередкованої декриміналізації, – це усунення прогалин Загальної частини КК за рахунок конституційних ресурсів, без ухвалення

будь-якого особливого трансформаційного нормативного акта. Взагалі з урахуванням того, що Основний Закон країни, який має найвищу юридичну силу, містить норми прямої дії, останні можуть і повинні безпосередньо застосовуватися в процесі реалізації кримінально-правових відносин – за наявності прогалини в Загальній частині кримінального закону або колізії норм Конституції і КК. При цьому, як слушно зазначається в літературі, вказані норми застосовуються саме як конституційні, а не як кримінально-правові [26, с. 433].

Пріоритет (верховенство) Конституції України в спірних ситуаціях, подібних до розглядуваної, впливає і з Рішення КСУ від 9 лютого 1999 р. у справі за конституційним зверненням НБУ щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) [27]. Тут зазначається, що дія нормативно-правових актів у часі раніше визначалась тільки в окремих законах України (КК, КпАП, ЦПК тощо). Конституція України, закріпивши ч. 1 ст. 58 положення щодо недопустимості зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, водночас передбачає їх зворотну дію в часі, коли вони пом'якшують або скасовують юридичну відповідальність особи, що є загальновизнаним принципом права.

Те, що безпосереднє посилання на норми Конституції України як на джерело кримінального права є в подібних ситуаціях цілком виправданим кроком, підтверджується і таким вже історичним фактом: прийняття в 1996 р. Конституції України призвело авторів науково-практичного коментарю КК 1960 р. [28, с. 26–27, 744, 772] до формулювання слушних висновків про безпідставність застосування окремих положень попереднього КК (зокрема, про подвійне засудження, про притягнення до кримінальної відповідальності за відмову від давання показань та за недонесення про злочин членів сім'ї та близьких родичів певних осіб). Вочевидь, немає підстав для твердження про те, що норми КК України повністю узгоджуються з Конституцією України, положення якої у зв'язку з цим повинні братись до уваги при вирішенні конкретних кримінально-правових проблем, зокрема, зумовленої тим, що чинна редакція ч. 1 ст. 5 КК України, як видається, не повністю кореспондується з приписом, закріпленим у ч. 1 ст. 58 Конституції України. Отже, у випадку опосередкованої декриміналізації правозастосувач зобов'язаний керуватись безпосередньо вказаною конституційною нормою, а не хоч формально обов'язковим, проте вельми неоднозначним (сумнівним) рішенням КСУ від 19 квітня 2000 р.

Висловлюючись за надання зворотної сили іншогогалузевим джерелам права, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, якщо це призводить до скасування чи пом'якшення кримінальної відповідальності, Г.З. Яремко спочатку запропонувала доповнити розділ IX Загальної частини КК України статтею 48-1 такого змісту: «Прийняття, зміна, скасування законів та інших підзаконних нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини цього Кодексу, у зв'язку з чим пом'якшується або скасовується відповідальність особи, є підставою для пом'якшення відповідальності або звільнення особи від кримінальної відповідальності» [19, с. 160, 188–189, с. 194]. Наведена редакція ст. 48-1 КК породжувала деякі запитання. Так, якщо зміни нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК України, тягнуть за собою лише пом'якшення кримінальної відповідальності, то чи виправдано розмішувати викладену статтю в розділі Загальної частини КК України з назвою «Звільнення від кримінальної відповідальності»? Якщо зміни вказаних нормативно-правових актів своїм результатом мають скасування кримінальної відповідальності, то чому особу пропонується звільняти від кримінальної відповідальності (зважаючи на нереабілітуючий характер цього інституту особа вважатиметься такою, яка вчинила злочин), а не закривати щодо неї кримінальне провадження за реабілітуючою підставою – за відсутністю складу злочину у зв'язку з декриміналізацією (скасуванням злочинності діяння)?

Під час захисту своєї дисертації Г.З. Яремко, пославшись в обґрунтування своєї позиції на згадане вище рішення КСУ у справі про зворотну дію кримінального закону в часі, водночас погодилась з тим, що розглядувана проблема має вирішуватись в аспекті вдосконалення законодавчої регламентації не інституту звільнення від кримінальної відповідальності, а зворотної дії закону в часі та узгодження ст. 5 КК України з ч. 1 ст. 58 Конституції України. У монографії, опублікованій за результатами захисту дисертації, Г.З. Яремко запропонувала доповнити ч. 1 ст. 5 КК України абзацом такого змісту: «Закони та підзаконні нормативно-правові акти, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини цього Кодексу, мають зворотну дію у часі у випадках, якщо у зв'язку з їх прийняттям, зміною чи скасуванням діяння, передбачені статтями Особливої частини цього Кодексу, перестають бути злочинами, пом'якшується кримінальна відповідальність особи або іншим чином поліпшується становище особи». Щоправда, науковець визнає, що і таке формулювання може стати предметом розгляду КСУ [29, с. 164]. Постає також питання, чи не означатиме наведене формулювання визнання (як на мене, безпідставне) нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, джерелом кримінального законодавства.

На мою думку, для того, щоб ст. 5 КК України, присвячену зворотній дії закону про кримінальну відповідальність у часі, привести у відповідність з ч. 1 ст. 58 Конституції України, охопивши нею випадки опосередкованої декриміналізації, у ст. 5 КК України замість поняття «закон про кримінальну відповідальність» можна було б (за прикладом ст. 8 Кодексу України про адміністративні правопорушення) використати термін «закон». Цікаво, що у внесеному народним депутатом України В.М. Стретовичем проекті Закону «Про внесення змін

до Кримінального кодексу України (щодо гуманізації кримінальної відповідальності)» (реєстраційний № 3031 від 23 березня 2007 р.) пропонувалось саме таке формулювання, однак в остаточному ухваленному 15 квітня 2008 р. Законі «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» вживається традиційний зворот «закон про кримінальну відповідальність» при тому, що фактично кримінальна відповідальність може пом'якшуватись і навіть скасовуватись не лише КК. Зрозуміло, що висунута мною пропозиція щодо вдосконалення ст. 5 КК України є компромісною, адже в бланкетних диспозиціях кримінально-правових норм ознаки складів злочинів визначаються, зокрема, відмінними від кримінального законодавства нормативно-правовими актами, серед яких можуть зустрічатись як закони, так і підзаконні акти. Пропонуючи вказати в ст. 5 КК України лише на закон, виходжу з того, що згадування тут підзаконних нормативно-правових актів суперечило б вимогам, по-перше, ч. 2 ст. 58 Конституції України, згідно з якою лише закон має визнавати діяння правопорушенням, і, по-друге, п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якого виключно законами визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (у цьому вбачається перевага викладеної пропозиції порівняно з формулюванням Г.З. Яремко). Випадки ж опосередкованої декриміналізації, не охоплювані вдосконаленою в пропонованому ключі ст. 5 КК України, будуть, як і раніше, підпадати під дію конституційного припису про зворотну силу нормативно-правових актів, які пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

1. Брич Л.П. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: монографія / Л.П. Брич, В.О. Навроцький. – К.: Атіка, 2000. – 288 с.
2. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія / Ю.В. Баулін. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
3. Гуторова Н. Деякі особливості застосування загальних видів звільнення від кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності / Н. Гуторова, А. Золотарьов // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 12. – С. 162–165.
4. Сверчков В.В. Освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного дела (преследования), отказ в его возбуждении / В.В. Сверчков. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 586 с.
5. Щепельков В.Ф. Определение уголовной противоправности деяния при конструировании и применении Уголовного кодекса / В.Ф. Щепельков // Закон и право. – 2002. – № 7. – С. 44–48.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень ст. 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00>.
7. Денькович О.І. Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Денькович Ольга Іванівна. – Львів, 2015. – 270 с.
8. Шишко И.В. Экономические правонарушения: вопросы юридической оценки и ответственности / И.В. Шишко. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 307 с.
9. Жалинский А. Обратная сила уголовного закона: правовые позиции Конституционного Суда РФ / А. Жалинский // Уголовное право. – 2006. – № 4. – С. 13–18.
10. Яни П. Незаконное предпринимательство и легализация преступно приобретенного имущества // Законность. – 2005. – № 3. – С. 9–13.
11. Пикуров Н.И. Правовая природа актов определения тяжести вреда здоровью и размеров наркотических средств: их сходство и различие / Н.И. Пикуров // Российская юстиция. – 2009. – № 8. – С. 34–39.
12. Пикуров Н.И. Комментарий судебной практики квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями / Н.И. Пикуров. – М.: Изд-во Юрайт, 2009. – 488 с.
13. Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія / О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 400 с.
14. Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: монография / А.В. Елинский. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 496 с.
15. Библик О.Н. Источники уголовного права Российской Федерации / О.Н. Библик. – СПб.: Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 243 с.
16. Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика: монографія / Л.М. Демидова. – Х.: Право, 2013. – 752 с.

17. Панов М.І. Кримінально-правова норма при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність: поняття і особливості застосування М.І. Панов, Н.Д. Квасневська // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 391 – 396.
18. Бойко А.И. Система и структура уголовного закона: В 3-х т. Т. II: Системная среда уголовного права / А.И. Бойко. – Ростов-на-Дону: Изд-во ЮФУ, 2007. – 640 с.
19. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Яремко Галина Зіновіївна. – Львів, 2010. – 408 с.
20. Ображиев К.В. Формальные (юридические) источники российского уголовного права: монографія / К.В. Ображиев. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 216 с.
21. Ибрагимов М.А. Нормативные акты иных отраслей права как источники уголовного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ибрагимов Мурат Аждаутович. – Ставрополь, 2004. – 165 с.
22. Панов М.І. Встановлення протиправності як необхідна умова правильної кваліфікації злочинів / М.І. Панов // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 травня 2008 р. / Ред. кол.: В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х., 2008. – С. 17–21.
23. Рабінович П.М. Права людини і громадянина: навч. посібник / П.М. Рабінович, М.І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2004. – 464 с.
24. Музика А.А. Вітчизняне дослідження проблем звільнення від покарання та його відбування (нетрадиційна рецензія) / А.А. Музика // Наука і правоохорона. – 2013. – № 1 (19). – С. 343–358.
25. Коняхин В. Конституция как источник Общей части уголовного права / В. Коняхин // Российская юстиция. – 2002. – № 4. – С. 53–54.
26. Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права. – СПб.: Издание профессора Малинина, 2005. – 699 с.
27. Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99>.
28. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. В.Ф. Бойко та ін. – 6-те вид., допов. – К.: А.С.К., 2000. – 1120 с.
29. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: монографія / Г.З. Яремко; за ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний ун-т внутр. справ, 2011. – 432 с.

МАЛОЗНАЧНІСТЬ ДІЯННЯ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Малозначність діяння належить до класичних кримінально-правових проблем, які не втрачають своєї актуальності протягом багатьох років. Наукою до сьогодні не сформовано однаково прийнятної позиції щодо розуміння відповідного законодавчого припису і доцільності його подальшого існування. Проблеми виникають і на практиці, яка не останньою чергою через неоднозначність формулювання, закріпленого в ч. 2 ст. 11 КК України, не може похвалитись злагожденістю і одноманітністю. При цьому помилки, які виникають при застосуванні законодавчого положення про малозначність, складно назвати дрібними. Адже в результаті неправильного звернення до ч. 2 ст. 11 КК України при кримінально-правовій кваліфікації особа, яка вчинила малозначне діяння, може невинуватно зазнавати кримінальної відповідальності і, навпаки, той, хто його не вчиняв, уникатиме адекватного кримінально-правового впливу. Спробою вирішити частину з позначених проблем стала правова позиція Верховного Суду України, сформульована у грудні минулого року за підсумками розгляду справи щодо К. з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України.

Згідно з ч. 2 ст. 11 КК України не визнається злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Із наведеного випливає, що встановлення малозначності діяння передбачає такі обов'язкові умови.

По-перше, діяння формально повинно містити всі ознаки складу певного злочину, передбаченого КК України. Окремі дослідники (наприклад, Ч. Багіров, Ю. Пудовочкін) доречно, як видається, пишуть у цьому разі про формальну, зовнішню кримінальну протиправність вчиненого. Причому немає малозначності діяння взагалі. Як слушно зазначає В. Навроцький, діяння не може бути визнане малозначним безвідносно до конкретної кримінально-правової норми, у зв'язку з чим передумовою застосування ч. 2 ст. 11 КК є кваліфікація посягання за формальними ознаками за певною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України. Відповідно, діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, не може визнаватись малозначним. Так, якщо істотність матеріальної (майнової чи фізичної) шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди свідчить про відсутність у діянні особи кримінальної протиправності, а отже, навіть формально складу злочину, що унеможливорює звернення до ч. 2 ст. 11 КК України.

По-друге, малозначне діяння не становить суспільної небезпеки, що означає мізерність або взагалі відсутність шкоди, яка завдається або може бути завдана в результаті вчинення такого діяння. Наприклад, підтверджуючи обґрунтованість винесення щодо начальника управління ветеринарної медицини одного з міст виправдувального вироку через відсутність в діях цієї службової особи складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України, і вказуючи на доречність застосування норми про малозначність у конкретному випадку, колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі від 16 вересня 2010 р. зазначила таке. Дії виправданої судом першої інстанції службової особи, яка затверджувала завідомо неправдиві документи – табелі обліку використання робочого часу водієм управління ветеринарної медицини, не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди відповідній державній установі, будь-яким фізичним особам, суспільству і державі.

По-третє, малозначність має бути як об'єктивною, так і суб'єктивною, тобто особа мала намір вчинити саме малозначне діяння. Якщо ж існує невідповідність між фактично вчиненим малозначним діянням і умислом, спрямованим на заподіяння істотної шкоди, кримінальна відповідальність має наставати за замах на той злочин, який особа бажала вчинити. Водночас формулювання ч. 2 ст. 11 КК України дозволяє ставити питання про малозначність як закінчених, так і незакінчених діянь, кримінально караних за загальним правилом. Таку ж точку зору висловлює Ч. Багіров, стверджуючи, що малозначність може бути констатована при замаху на вчинення принаймні злочину невеликої або середньої тяжкості. Тому нам складно погодитись із таким запропонованим у літературі (с. Маломуж) протиставленням: при малозначності діяння є завершеним, а при незакінченому злочині – незавершеним.

Вважається, що у випадку малозначності має місце розбіжність між законодавчою оцінкою типової суспільної небезпеки певного виду злочинної поведінки і небезпекою конкретного випадку такої поведінки. Як справедливо зазначає В. Мальцев, визначення малозначності діяння є не просто констатацією можливості винятку з правила; воно органічно доповнює поняття злочину визначенням діянь, які, не дивлячись на їх нібито наявну кримінальну протиправність, не є злочинами. Норма, яка передбачає визначення малозначного діяння, є добре апробованим гуманістичним орієнтиром кримінального права, закріплює пріоритет соціального над формальним, розповсюджує свої вимоги не тільки на діяльність органів, які застосовують норми кримі-

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 19–25 лютого 2015 р. – № 7; 26 лютого – 3 березня 2016 р. – № 8.

нального закону, а і на правотворчість. Звісно, в ідеалі хотілося б, щоб наявність складу злочину у вчиненому діянні завжди визначала і наявність адекватного кримінальному праву ступеня суспільної небезпеки цього діяння. Однак навіть досконале законодавство, що ідеально відтворює соціальні умови суспільства, навряд чи здатне в жорстких рамках норм Особливої частини КК передати всю різноманітність суспільно небезпечних проявів, намітити абсолютно точну межу між усіма вчинюваними злочинами та діяннями, що є злочинами лише за формою. Положення про малозначність діяння може розцінюватись і як законодавчо закріплений засіб подолання колізії між формальною (кримінальна протиправність) і матеріальною (суспільна небезпека) ознаками злочину (Ч. Багіров).

З урахуванням ч. 2 ст. 11 України на встановлення малозначності діяння жодні інші фактори, крім зазначених вище обов'язкових умов, не впливають. Відповідно, посткримінальна поведінка порушника кримінально-правової заборони, характеристика його особи, ступінь реалізації злочинного умислу, інші обставини, що відповідно до закону є правовими підставами для пом'якшення покарання або навіть звільнення від кримінальної відповідальності, значення в контексті встановлення наявності або відсутності малозначності діяння за ч. 2 ст. 11 КК України не мають. Так, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, примирення винного з потерпілим, втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину не перетворюють злочин у малозначне діяння.

З цього приводу Н. Кузнецова виважено зазначає, що відшкодування шкоди, заподіяної злочинцем, не стосується визнання діяння малозначним, як і позитивна характеристика особи не здатна перетворити злочин у малозначне діяння. Подібним чином розмірковує Т. Севаст'янова, на думку якої при визнанні діяння малозначним головним чином оцінюються значущість об'єкта посягання в системі охоронюваних законом суспільних відносин, спосіб дії або бездіяльності, і шкода, заподіяна об'єктові. Водночас не мають значення особливості суб'єкта злочину. В. Кузнецов, виступаючи проти ототожнення таких понять, як малозначність діяння та обставини, що пом'якшують покарання, вказує на помилковість врахування судами при застосуванні ч. 2 ст. 11 КК України індивідуальних характеристик особи злочинця (вчинення злочину вперше, скрутне матеріальне становище, позитивна характеристика, працевлаштування, щире каяття тощо).

Аналіз вітчизняної судової практики яскраво демонструє наявність істотних розбіжностей у розумінні кримінально-правового змісту малозначності діяння, необхідної для забезпечення однаковості в застосуванні ч. 2 ст. 11 КК України. Так, К. обвинувачувався у вчиненні в приміщенні одного з торговельних центрів м. Тернополя замаху на таємне викрадення станку для гоління вартістю 229 грн. 99 коп. Згідно з вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 серпня 2014 р. К. був визнаний невинуватим і виправданий через відсутність складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. Суд зробив висновок про те, що дії К., хоча формально і містять ознаки діяння, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України, через малозначність не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди власнику зазначеного майна. Прийняте рішення обґрунтовувалося врахуванням: 1) обстановки вчиненого діяння; 2) факту затримання К. працівниками охорони, що не дало йому можливості вийти з приміщення торговельного закладу; 3) поведінки затриманого після вчиненого (без заперечень пройшов до службового приміщення, де видав станок); 4) вартості майна, замах на викрадення якого був вчинений.

Апеляційний суд Тернопільської області, розглядаючи скаргу прокурора, скасував вказаний вирок, ухваливши новий, на підставі якого К. визнаний винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. На думку суду апеляційної інстанції, врахування при встановленні малозначності вартості викраденого майна, обстановки вчиненого діяння та інших обставин є безпідставними. Законність та обґрунтованість вироку Апеляційного суду Тернопільської області було підтверджено ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 4 червня 2015 р., у якій кваліфікація дій К. визнана правильною, а їхня оцінка як малозначного діяння – неприпустимою. Водночас за подібних фактичних обставин ВССУ в інших справах ухвалював протилежні рішення, констатуючи наявність малозначності діяння. Йдеться, зокрема, про ухвали від 19 лютого 2013 р. (особа вчинила замах на крадіжку металеві арматури вартістю 158 грн. 10 коп.) і від 19 березня 2015 р. (особа вчинила замах на крадіжку товару вартістю 193 грн. 47 коп.; щоправда, ця ухвала була згодом скасована як незаконна).

Розмірковуючи з приводу кримінально-правової оцінки дій К. і даючи як члени НКР при Верховному Суді України науковий висновок у кримінальній справі щодо цього засудженого, ми виходили з того, що поведінка К. після вчиненого («без заперечень пройшов до службового приміщення, де видав станок») жодним чином не впливає на те, чи визнавати вчинений ним замах на крадіжку чужого майна малозначним діянням. Стосовно ж такого зазначеного у виправдувальному вироку Тернопільського міськрайонного суду чинника на користь наявності малозначності, як факт затримання К. працівниками охорони, що не дало йому можливості вийти з приміщення торговельного закладу, то і такий аргумент явно недоречний: факт затримання крадія свідчить про вчинення ним незакінченого злочину і ні про що інше. Як підсумок, ми констатували, що вчинене К. діяння

містить усі ознаки складу незакінченого злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України. Це діяння становить притаманну злочину суспільну небезпеку, адже було спроможним заподіяти істотну шкоду певній юридичній особі. Відповідно, кримінально-правова оцінка дій К. виключає звернення до ч. 2 ст. 11 КК України.

Таку ж позицію займають і інші правники, які аналізували згадане рішення Тернопільського міськрайонного суду. Так, М. Рудковська називає його незаконним, вважаючи, що на визнання діяння малозначним не можуть впливати обставини, які виходять за межі діяння (наприклад, посилення на відсутність шкоди в тих випадках, коли вона була заподіяна, а згодом відшкодована). Разом з тим нам складно погодитись з висловлюванням дослідниці про те, що не заподіяння істотної шкоди торговельному центру не може бути підставою для визнання діяння малозначним, адже обвинувачений своїми діями завдав істотної шкоди суспільству і державі, вчинивши посягання на охоронювані законом про кримінальну відповідальність суспільні відносини. Такий підхід до обґрунтування наявності істотної шкоди в контексті законодавчого положення про малозначність діяння дозволяє поширювально тлумачити ч. 2 ст. 11 КК України.

Поняття істотної шкоди, використане в чинній редакції ч. 2 ст. 11 КК України, повинно отримувати системне тлумачення з урахуванням специфіки законодавчого описання певного виду злочинної поведінки. Істотність шкоди може знаходити своє чітке відбиття у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину. Типовий характер шкоди в таких випадках є фіксованим, і він не може оцінюватись на розсуд правозастосовувача, що виключає звернення до кримінально-правової норми про малозначність.

Наприклад, для крадіжки мінімальна межа істотної шкоди визначається на рівні вартості викраденого майна, еквівалентної 0,2 НМДГ (ч. 3 ст. 51 КУпАП). Законодавець у цьому разі для забезпечення однакового підходу в правозастосуванні використовує чіткий (формалізований) критерій розмежування кримінально караної та адміністративно караної поведінки. При тому, що існують серйозні сумніви в оптимальності такого критерію на сьогодні (це тема окремої розмови), *dura lex, sed lex*. Натомість для грабежу, ознаки якого визначені в ч. 1 ст. 186 КК України, розмір шкоди не є конкретизованим, тобто формально він не має мінімальних меж. Відповідно, істотність шкоди при вчиненні грабежу може визначатись з урахуванням ч. 2 ст. 11 КК України. Зрозуміло, однак, що при вирішенні питання про віднесення конкретного випадку грабежу до числа малозначних діянь повинен братись до уваги не лише такий чинник, як вартість майна, яким заволоділа особа, а і інші обставини, включаючи спосіб посягання.

Так, у юридичній літературі (Н. Якименко) з цього приводу висловлюється думка про те, що заволодіння малоцінним майном шляхом розбою або насильницького грабежу немає підстав визнавати малозначним діянням. Натомість інші автори (зокрема, Ч. Багіров) не виключають такої кримінально-правової оцінки, розглядаючи її, щоправда, як виняток із загального правила. Наявна дискусія зайвий раз підтверджує тезу про оціночний характер малозначності діяння як кримінально-правової категорії та підкреслює неабияку складність, яка виникає при застосуванні положення про малозначність діяння через неоднозначне тлумачення його ознак, визначених у кримінальному законі.

З огляду на сказане, занадто категоричним є твердження М. Рудковської про те, що норма про малозначне діяння застосовується необґрунтовано через зловживання з боку суддів, прикладом чого називається справа щодо К. Рішення Тернопільського міськрайонного суду в цій кримінальній справі не виключає того, що в цьому разі мало місце зловживання правом, але навряд чи є підстави говорити так, спираючись лише на обраний судом варіант тлумачення ч. 2 ст. 11 КК України. Хоча він і є, на наш погляд, невдалим, вади відповідного законодавчого положення уможлилювали прийняття зазначеного судового рішення. З міркувань несприйняття невинуватеного узагальнення заслуговує на критичну оцінку і позиція С. Маломужа, котрий причиною безпідставного застосування ч. 2 ст. 11 КК України безапеляційно називає посилення на це положення в тих випадках, коли кримінальне провадження здійснювати з позиції правоохоронних органів недоцільно або коли відсутня перспектива розслідування або розкриття кримінального правопорушення.

З'ясовуючи справжній зміст поняття малозначності, М. Рудковська зауважує, що злочини з матеріальним складом (при формалізованому розмірі шкоди), не можуть визнаватись малозначними. У разі, коли вчинене діяння фактично заподіяло або могло заподіяти істотну шкоду, передбачену в диспозиції статті Особливої частини КК України, особа підлягає кримінальній відповідальності. Викладена позиція загалом заслуговує на підтримку. Адже, як уже зазначалось, неможливість констатації малозначності діяння стосується, серед іншого, злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди. Наприклад, якщо внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки діянням завдано шкоди її законному володільцю або власнику, яку не можна визнати значною (у межах до 100 НМДГ), вчинене діяння підлягає оцінці не за ст. 197-1 КК України, а за ст. 53-1 КпАП, відповідно до якої самовільне зайняття земельної ділянки розглядається як адміністративне правопорушення.

Системний аналіз законодавства України про кримінальну відповідальність свідчить про те, що малозначність (не дивлячись на оціночний характер цього поняття і на те, що в законодавстві не окреслено коло злочинів, які за певних умов можуть визнаватись малозначними діяннями) може констатуватись не щодо будь-якого

діяння, передбаченого Особливою частиною КК України. Так, не викликає сумнівів, що вбивство або зґвалтування не можуть бути визнані малозначними діями (щонайменше через особливу значущість об'єктів кримінально-правової охорони, яким спричиняється шкода у випадках вчинення вказаних злочинів). З цього приводу доречно навести висловлювання науковців (Ч. Багіров, Н. Кузнецова, В. Мальцев та ін.) про те, що малозначність дії визначається з урахуванням вираженості його об'єктивних і суб'єктивних ознак, тісно пов'язаних з об'єктом злочину. Чим важливішим (значущим) є об'єкт, тим менш небезпечним має бути спосіб посягання на нього, тим більш віддаленим має бути готування до посягання, тим менш значущим має бути ступінь співучасті в настанні результату тощо. Водночас об'єкт злочину не слід розглядати як самостійний і, тим більше, як єдиний критерій (фактор) віднесення діянь до малозначних.

У контексті взаємозв'язку об'єкта посягання і проблематики малозначності дії звернемо увагу на ту обставину, що в кримінально-правових заборонах, присвячених окремим корупційним злочинам, бракує формальної визначеності стосовно їхнього предмета. Йдеться про статті 354, 368, 368-3 і 368-4 КК України, у яких не встановлено мінімального розміру неправомірної вигоди як предмета передбачених ними злочинів. Законодавець (треба так розуміти) виходить з того, що одержання неправомірної вигоди будь-якого розміру (прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, прохання надати її) порушує правомірне функціонування управлінської та професійної сфери, підриває її авторитет (останній кількісного виміру не має), а тому повинно визнаватись злочином. Однак у випадку одержання належним суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди (вчинення щодо неї інших діянь) можливе застосування кримінально-правової норми про малозначність.

Разом з тим оціночний характер малозначності дії як кримінально-правової категорії не виключає принципово іншої (негативної) відповіді на питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК України щодо корупційних деліктів як діянь, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Адже можна міркувати так, як це роблять, зокрема, Н. Ярмиш та О. Гладун, а саме: непідкупність службової особи (іншого належного суб'єкта) порушується і у випадку одержання цим суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди; шкода, заподіявана корупційними злочинами, носить немайновий характер і є не прямо пропорційною, а інколи навіть зворотно пропорційною розміру неправомірної вигоди як предмета злочину (чим меншою за розміром є неправомірна вигода, тим більше страждає об'єкт корупційних злочинів). Зрозуміло, однак, що при бажанні подібні міркування можуть розцінюватись як прояв обмежувального тлумачення чинного КК України.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України в постанові від 24 грудня 2015 р. (справа № 5-221к15) ухвалила рішення про відмову в задоволенні заяви засудженого К., визнавши, що оцінка суспільної небезпеки вчиненого ним дії не може визначатись за правилом, закріпленим у ч. 2 статті 11 КК України. Погодившись з викладеними вище аргументами, викладеними нами в науковому висновку у справі щодо К., а також пов'язавши застосування норми про малозначність з оціночним характером шкоди, заподіяваної об'єкту кримінально-правової охорони, Верховний Суд України сформулював правовий висновок такого змісту.

Закріплене в ч. 2 ст. 11 КК України положення передбачає встановлення малозначності лише в тому разі, коли законодавець вирішення питання про межі заподіяної шкоди залишає на розсуд правозастосувача (суду). Щодо злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди, констатація малозначності дії виключається. Відповідно, оцінка суспільної небезпеки дії, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України, не може визначатись за правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 11 КК України, оскільки суспільно небезпечні наслідки як ознака цього складу злочину мають чітко визначену мінімальну межу шкоди, яка повинна бути завдана власнику майна.

Висловимо сподівання на те, що прийняте рішення сприятиме забезпеченню однаковості судової практики в частині визначення ознак малозначності дії, значною мірою дозволить уникнути помилок при кримінально-правовій кваліфікації відповідних діянь. На жаль, Верховний Суд України в постанові від 24 грудня 2015 р. не висловив свого ставлення до поширеної правозастосовної практики, згідно з якою у випадку встановлення малозначності дії кримінальне провадження закривається за такою підставою, як відсутність складу злочину. Доцільність чіткого розв'язання цього дискусійного в юридичній літературі питання зумовлена тим, що малозначність дії прямо не згадується в ст. 284 КПК України, яка перераховує підстави закриття кримінального провадження.

У контексті сказаного варто звернути увагу на недосконалість використаного в ч. 2 ст. 11 КК України звороту «істотна шкода», здатного ускладнювати розуміння справжнього змісту аналізованої кримінально-правової норми. Чимало вітчизняних дослідників (наприклад, В. Кузнецов, В. Мисливий, Є. Фесенко, М. Хавронюк) слушно вказують на те, що істотна шкода використовується в деяких нормах Особливої частини КК України в іншому значенні. Так, незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації кваліфікується за ч. 1 ст. 359 КК України, а якщо такі дії заподіяли істотну шкоду – за ч. 2 цієї статті. За такого підходу дії, передбачені ч. 1 ст. 359 КК України, формально можуть оцінюватись як малозначні, що, вочевидь, не відповідає меті законодавця. Подібні суперечності з ч. 2 ст. 11 КК мають і деякі інші статті Особливої частини КК України.

Оскільки норма про малозначне діяння, сприяючи розмежуванню злочинної і незлочинної поведінки, є продовженням норми про злочин, було б логічним, якби в ч. 2 ст. 11 КК України використовувалась термінологія ч. 1 цієї статті. Натомість законодавець (повторимось) визначає відповідне діяння як дію або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Але ж КК України передбачає не лише діяння, які містять ознаки складів конкретних злочинів і від яких слід відрізнити малозначні діяння, а й інші діяння, включаючи правомірні (наприклад, необхідна оборона). Тому кримінально-правова норма про малозначність потребує щонайменше термінологічного уточнення.

Нагадаємо, що КК України 1960 р. містив аналогічне чинному положення про малозначність діяння, сформульоване таким чином: «Не є злочином дія або бездіяльність, що хоч формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним законом, але через малозначність не являє суспільної небезпеки». Як бачимо, розробники КК України 2001 р., по-перше, зберегли добре відоме вітчизняному кримінальному праву положення про малозначність, по-друге, зробили уточнення, яке, на їх переконання, мало б сприяти кращому розумінню суті діяння, яке не становить суспільної небезпеки. Однак вказівка на те, що діяння не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, себе не виправдала, утворивши плутанину в контексті внутрішньо-системних зв'язків кримінального закону.

До речі, проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» (реєстраційний № 2897 від 19 травня 2015 р., у редакції від 3 червня 2015 р.) (далі – законопроект), який передбачає внесення кардинальних змін до КК України, чинне положення про малозначність діяння майже не змінює. Згідно з редакцією ч. 2 ст. 11 КК України, пропонованою авторами законопроекту, не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству, державі або людству.

Як бачимо, існуючий наразі підхід до визначення ознак малозначного діяння пропонується залишити незмінним. Єдиний виняток становить виключення вказівки на те, що малозначне діяння не становить суспільної небезпеки. У пояснювальній записці до законопроекту можна прочитати, що будь-які згадки про «суспільну небезпеку» злочину чи кримінального правопорушення мають бути виключені з кримінального закону, оскільки зазначене поняття є малозрозумілою науковою абстракцією, яка за десятиріччя свого існування в радянському і пострадянському просторі не довела свого практичного значення.

З приводу недоречності відмови від суспільної небезпеки як соціально-змістовної властивості злочину нагадаємо висловлювання одного з фундаторів класичної школи кримінального права Ч. Беккарія про те, що справжнім мірилом злочинів є шкода, яка завдається ними суспільству; це одна з тих очевидних істин, для відкриття яких не потрібно ні квадрантів, ні телескопів і які доступні будь-якому середньому розуму. Тому і не дивно, що В. Тацій, В. Тютюгін та Ю. Пономаренко піддали критиці відмову авторів законопроекту від суспільної небезпеки у кримінальному законі, називаючи її суспільним і науковим здобутком, а не надбанням радянських або пострадянських часів. Стосовно малозначності діяння, то позицію стосовно його визначення в законопроекті харківські дослідники називають свідченням запровадження антисистемного підходу. Стверджується, що, ініціюючи внесення змін до ч. 2 ст. 11 КК України, автори законопроекту не врахували того, що істотна шкода відповідно до пропонованої редакції ч. 2 ст. 11-1 КК України заподіюється лише діяннями-проступками. Тому помилковим названо включене в законопроект положення про визнання проступками малозначних діянь, які не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди.

Іноколи вада дефініції малозначності діяння, закріпленої в кримінальних кодексах України і деяких інших пострадянських держав, вбачається в її неконкретності та, як наслідок, неможливості її однакового застосування на практиці (М. Хавронюк). Проти цього складно щось заперечити, бо малозначність – поняття оціночне з усіма наслідками, які з цього випливають та які частково показані вище. Однак чи є підстави вважати (із змістовної точки зору) більш вдалим варіантом кримінально-правового реагування на малозначні діяння приписи кримінальних кодексів тих «несоціалістичних» країн, які, відмовившись від суспільної небезпеки як ознаки злочину, щодо подібних ситуацій використовують позбавлені конкретики звороти на кшталт: «не є злочином заборонене діяння, суспільна шкідливість якого є незначною» (КК Польщі); «діяння спрямоване проти малозначної майнової цінності або на заподіяння малоцінної шкоди» (КК Швейцарії); «крадіжка і привласнення, вчинені щодо речей, які мають незначну вартість» (КК ФРН); «співучасть у злочині у малозначних випадках» (КК Швеції)? Таке саме риторичне питання можна поставити щодо § 2 ст. 1 Карного казначейського кодексу Польщі, згідно з яким не є казначейським злочином або казначейським проступком заборонене діяння, суспільна шкідливість якого є незначною.

Фахівці висувають різні варіанти оптимізації кримінального закону в частині регламентації малозначності діяння, зокрема, такі, як: вказівка в кримінально-правовій нормі про малозначність на характер і величину

шкоди, заподіяння якої завжди виходитиме за межі малозначного діяння (М. Кострова); виділення видів малозначних форм поведінки у примітках окремих статей Особливої частини КК (Ч. Багіров); обмеження сфери застосування положення про малозначність лише злочинами з формальним складом (с. Маломуж); доповнення ст. 11 КК України положенням про те, що малозначність діяння не встановлюється при завданні злочином достатніх і визначених для відповідного складу фізичних або майнових наслідків (В. Кузнецов). В юридичній літературі пропонуються і інші шляхи вдосконалення кримінального закону в цій частині – аж до скасування відповідного законодавчого положення (зокрема, А. Козлов, І. Красницький, Н. Мірошниченко, С. Маломуж).

Видається, однак, що задля забезпечення реалізації справедливості та гуманізму як принципів кримінального права КК України має зберегти положення про малозначність діяння. Разом з тим ця практично значуща, за справедливим висловлюванням Н. Кузнецової, кримінально-правова норма потребує вдосконалення. Переконані в тому, що на цьому шляху варто уникати таких змін, які передбачають урегулювання проблеми малозначності в абстрактний (узагальнений) спосіб, адже по суті це не змінить існуючий стан речей на краще. Удосконалений кримінальний закон у розглядуваній частині має стати частково формалізованим, з одного боку, залишаючи правозастосовувачу простір для ухвалення рішення щодо наявності або відсутності малозначності залежно від обставин вчиненого діяння, а, з іншого, дозволяючи уникати ситуацій, за яких малозначність діяння виключається як така.

Видається за можливе досягти пропонованого результату за рахунок розрізнення випадків, коли малозначність діяння за будь-яких обставин виключається, і випадків, за яких вона все ж може мати місце. Для втілення зазначеної ідеї варто законодавчо встановити вичерпний перелік статей Особливої частини КК України, діяння передбачені якими можуть визнаватись малозначними. Серед іншого, тут могли б фігурувати такі склади злочинів, у яких суспільно небезпечні наслідки не отримують конкретної форми вираження у вигляді, наприклад, смерті особи чи майнової шкоди з визначенням її мінімальної межі.

Задля справедливості відзначимо, що висунута нами ідея не може претендувати на новизну: стосовно ч. 2 ст. 7 КК України 1960 р. В. Грищук писав про сенс визначити перелік злочинів, при вчиненні яких може застосовуватись норма про малозначність. Фактично про те саме (проте зі зворотного боку) веде мову С. Ковальов, який для поліпшення правозастосування в контексті визнання окремих вчинків малозначними пропонує виокремити діяння, що не можуть визнаватись малозначними. Маються на увазі діяння, які характеризуються майновою чи фізичною шкодою, коли істотність останньої визначено через вказівку на певну кількість неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або тяжкість тілесних ушкоджень. У світлі сказаного перед науковцями (а згодом і перед законодавцем) постає не просте завдання визначення вичерпного переліку тих кримінально караних діянь, які можуть визнаватись малозначними, і тих, які через особливий характер суспільної небезпеки та інші причини (частково позначені вище) не можуть розцінюватись як малозначні.

Постановка кримінально-правової проблеми малозначності в такому ключі зобов'язує правників, які на дисертаційному рівні займаються вивченням тих чи інших складів злочинів, у своїх кваліфікаційних роботах предметно розглядати питання про можливість віднесення досліджуваних ними діянь до категорії малозначних. Позитивним прикладом у цьому сенсі може слугувати кандидатська дисертація Д. Калмикова, в якій висвітлюються питання кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей та окремих підрозділ якої автор присвятив експлуатації дітей, що через малозначність не становить суспільної небезпеки.

Якщо ж в той чи інший спосіб не поліпшити законодавче положення про малозначність (зрозуміло, за умови збереження його в КК України) і не зорієнтувати правозастосовувача, обмеживши його розсуд, він і надалі, як влучно пише В. Мальцев, братиме на себе прерогативу законодавця, здійснюючи так звану судово-слідчу декриміналізацію злочинних діянь. Приклади такої невиправданої, на нашу думку, «декриміналізації» можна побачити у вирокі Тернопільського міськрайонного суду від 13 серпня 2014 р. та ухвалах ВССУ від 19 лютого 2013 р. та 19 березня 2015 р.

ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ТА АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У КОНТЕКСТІ ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ¹

У науковій літературі, як відомо, вже тривалий час ведеться дискусія навколо питання, чи є суспільна небезпека ознакою, притаманною лише злочину чи також і іншим правопорушенням (включаючи адміністративні проступки). Не применшуючи теоретичну значущість цієї дискусії, зауважу, що вона, будучи, скоріш за все, термінологічною, не допомагає у розв'язанні злободенних законотворчих і правозастосовних проблем. Суспільна небезпека як одна з обов'язкових ознак злочину є об'єктивно-суб'єктивною категорією, уявлення про зміст якої носить історично мінливий характер та яка визначається низкою факторів – значущістю об'єкта кримінально-правової охорони, тяжкістю наслідків, способом дії, стадією вчинення діяння, формою вини тощо. Не дивлячись на те, що суспільна небезпека виступає основним (хоч і не єдиним) критерієм визнання діяння злочином, науковою спільнотою поки що не розроблено точного механізму її оцінки.

Одним із свідчень цього слугує притаманна чинному законодавству України колізія окремих кримінально-правових та адміністративно-правових заборон (наприклад, ст. 213 КК і ст. 164-10 КпАП, ст. 299 КК і ст. 89 КпАП). Тут доречно нагадати і те, що на підставі Закону України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (далі – Закон від 15 листопада 2011 р.) КпАП був доповнений низкою нових адміністративно-правових заборон, які механічно відтворили диспозиції тих норм, яких позбувся КК. Результатом такого переведення декриміналізованих діянь у розряд адміністративних проступків стало, крім усього іншого, те, що деякі склади цих проступків включають діяння, передбачені КК як окремі різновиди злочинів. Наприклад, ст. 135-1 КпАП «Підроблення проїзних квитків і знаків поштової оплати» явно перегукується зі ст. 358 КК, яка визнає злочином підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів. Карані раніше за ст. 221 КК «Незаконні дії у разі банкрутства», а наразі передбачені ст. 166-16 КпАП фальсифікація, приховування чи знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність суб'єкта господарської діяльності, за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст. 357, ст. 358 або ст. 366 КК.

Як це не дивно звучить, але за результатами подолання названих і подібних до них колізій можна дійти протилежних висновків залежно від того, з якого правила при цьому виходити: або з ніким поки що не скасованої ч. 2 ст. 9 КпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правових заборон), або з правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми). Правові позиції ЄСПЛ з приводу розуміння правила *nulla roena sine lege* також вказують на те, що у випадку колізії кримінально-правової та адміністративно-правової норми пріоритет має остання. Вирішення позначеної проблеми можливе шляхом таких кроків, запропонованих кримінально-правовою доктриною: встановлення законодавчої заборони на включення до КпАП статей, що текстуально або за змістом збігаються зі статтями КК, тобто передбачають всі ознаки одного і того самого діяння (Л.П. Брич); перегляд ч. 2 ст. 9 КпАП із тим, щоб у передбачених у цій нормі випадках особа притягувалась не до кримінальної, а до адміністративної відповідальності (Н.О. Гуторова).

Однак більш перспективним вважаю інший, більш трудомісткий шлях – усунення колізій у законодавчому порядку шляхом виключення з відповідних кодексів дублюючих нормативних приписів і чіткої диференціації юридичної відповідальності за кримінально карані та адміністративно карані правопорушення. Як слушно зазначається в літературі, законодавцю для вирішення проблеми конкуренції норм кримінального та адміністративного законодавства слід формулювати в диспозиціях статей конкретні критерії, які виражаються через об'єктивні, суб'єктивні ознаки складів і характеризують те чи інше діяння. Різниця між складами злочинів та адміністративних правопорушень, що конкурують, має бути очевидною і не викликати суперечливих рішень [1, с. 19–20]. Вказаний підхід вважаю цілком прийнятним і в частині усунення колізій. Звідси випливає, що подальше реформування кримінального законодавства та оновлення адміністративно-деліктного законодавства, чимало положень якого виглядають морально застарілими, мають бути максимально узгоджені між собою, а опікуватись процесом паралельного (наскрізного) перегляду змістовно пов'язаних між собою розділів КК і глав КпАП повинні експертні групи, до складу яких входили б представники обох галузей права.

Найбільш докладно і глибоко проблему розмежування злочинів та адміністративних проступків *de lege lata* в сучасній юридичній літературі України висвітлює Л.П. Брич, на думку якої в цьому разі слід з'ясовувати

¹ Стаття опублікована: Адміністративне право та процес України: пріоритетні напрями розвитку в умовах демократизації: тези доповідей II міжнародної науково-практичної конференції пам'яті доктора юридичних наук, професора, заслуженого діяча науки і техніки України Леоніда Васильовича Ковалю, м. Запоріжжя, 6–7 березня 2015 року / за заг. ред. Т.О. Коломосьць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 93–110.

характер співвідношення складів злочинів і складів адміністративних проступків і характер співвідношення норм, що містять відповідні склади злочинів та адміністративних проступків. Характер цього співвідношення може бути різним. По-перше, склад злочину і склад адміністративного правопорушення передбачені нормами, що конкурують між собою. Кваліфікація в цьому випадку відбувається за відомими в теорії правилами подолання того виду конкуренції норм, який матиме місце в конкретному співвідношенні; типові правила подолання конкуренції норм встановлені безвідносно до конкретної ситуації правозастосування. По-друге, склад адміністративного правопорушення і склад злочину є суміжними між собою. На відміну від конкуренції правових норм, заздалегідь встановлених правил розмежування суміжних складів правопорушень, незалежних від конкретної ситуації правозастосування не існує. Яка з двох норм буде застосовуватися, вирішується в кожному конкретному випадку залежно від того, як будуть встановлені та оцінені фактичні обставини справи, наявність якої з розмежувальних ознак буде констатована в певному випадку. По-третє, склад адміністративного правопорушення і склад злочину передбачені нормами, що перебувають у колізії. В цьому випадку при кваліфікації має застосовуватись колізійне правило, а діяння, що одночасно передбачене як злочин та як адміністративне правопорушення, за загальним правилом, має кваліфікуватись як адміністративне правопорушення [2, с. 181–201, 306–319] (про це вже йшла мова вище).

Проблема розмежування кримінально караних діянь та адміністративних деліктів у черговий раз актуалізується у зв'язку з можливим запровадженням у вітчизняну правову систему інституту кримінальних проступків. Нагадаю, що Прикінцеві положення КПК 2012 р. вказують на необхідність прийняття Закону України про кримінальні проступки при тому, що не лише в КК України, а і в Конституції України знаходиться відображення концепція єдиного кримінального правопорушення – злочину. Не відкидаючи як таку наукову ідею кримінального проступку, зважаючи на досить активну законопроектну роботу у відповідному напрямі і намагання включити в коло кримінальних проступків частину нинішніх адміністративних деліктів, спробую в стислому вигляді викласти та проаналізувати аргументи «за» і «проти» законодавчої реалізації зазначеної ідеї. Тим більше, що однією з цілей запровадження кримінальних проступків інколи називають сприяння реформуванню інституту адміністративних проступків.

Реалізація ініційованих окремими вітчизняними науковцями і законодавцями змін, пов'язаних із втіленням у кримінально-правову матерію інституту кримінальних проступків, означатиме кардинальний перегляд приписів як Загальної, так і (головним чином) Особливої частини КК України, у зв'язку з чим є всі підстави вести мову щонайменше про розроблення нової редакції цього Кодексу. Тому і не дивно, що як сама ідея кримінального проступку, так і конкретні пропозиції, спрямовані на втілення її в життя, викликали жваву дискусію і, не буде перебільшенням сказати, нищівну критику з боку багатьох теоретиків.

Найбільш системно аргументи на користь запровадження інституту кримінальних проступків виклав М.І. Хавронюк, позначивши їх як головні завдання розмежування злочинів і кримінальних проступків. Йдеться про: подальшу гуманізацію кримінального законодавства за рахунок декриміналізації багатьох (близько 100) діянь, визнаних наразі злочинами; спрощення процедури притягнення до юридичної відповідальності осіб, які вчинили кримінальні проступки; дотримання права на захист та інших прав, що визначають зміст передбаченого ЄСПЛ поняття «справедливе правосуддя», для тих, хто на сьогодні притягується до адміністративної відповідальності за адміністративні проступки, які насправді характеризуються підвищеним рівнем суспільної небезпеки і санкції за вчинення яких носять характер кримінальної відповідальності; виключення випадків неправомірного використання результатів адміністративних процедур при розслідуванні кримінальних справ за порушення прав людини; надання гарантій судового захисту прав людини щодо застосування покарань, пов'язаних з обмеженням конституційних прав; дотримання міжнародних зобов'язань; оптимізацію діяльності органів кримінальної юстиції щодо виявлення та судового розслідування кримінальних справ [3, с. 118–121]. Співзвучні викладеним вище аргументи висловлює і Ю.П. Дзюба, акцентуючи увагу, зокрема, на тому, що права потерпілих від адміністративних деліктів у разі їх потрапляння до категорії кримінальних проступків захищатимуться більш ефективно [4, с. 142–144], а також В.М. Куц, на думку якого законодавчий поділ кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки, зокрема, дозволить безболісно вирішити проблему кримінальної відповідальності юридичних осіб [5, с. 119–123].

Частково з наведеною вище позицією слід погодитись. Так, на користь запропонованого варіанту удосконалення законодавства (а не протилежного – переведення діянь, які не становлять значної суспільної небезпеки, у сферу адміністративної юстиції) свідчить практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у межах якої висновок про «кримінальну» природу певного правопорушення робиться з урахуванням не стільки позиції національного законодавця щодо віднесення конкретного діяння до кримінальної чи адміністративної сфери, скільки характеру цього діяння і тяжкості санкцій, яким може бути піддана зацікавлена особа. Певні правопорушення можуть вважатися національним законодавцем адміністративними або дисциплінарними проступками, однак, виходячи з цілей Конвенції, окремі з таких проступків визнаються «кримінальними правопорушеннями» в автономному (конвенційному) значенні цього поняття.

Зокрема, застосовуючи критерій суворості санкції, ЄСПЛ визначив, що адміністративне правопорушення, санкція за вчинення якого передбачає адміністративний арешт, визнається кримінальним правопорушенням в розумінні Конвенції. Виходить, що подібні адміністративні правопорушення *de lege ferenda* доцільно визнавати кримінальними проступками. Сенс виведення зі сфери адміністративного деліктного права та переміщення до сфери кримінального права тих діянь, які ЄСПЛ визначає як кримінальні правопорушення, вбачається в тому, щоб надати обвинуваченим у цих правопорушеннях особам широкий спектр гарантій, передбачених ст. 6 Конвенції «Право на справедливий судовий розгляд».

Видається, що така благородна мета спроможна виправдати і прогнозоване ускладнення документообігу при здійсненні юридичного переслідування за адміністративні делікти, які набудуть статусу кримінальних проступків, і очікуване збільшення навантаження на судову систему. Постає, однак, питання: що заважає в порядку удосконалення адміністративного законодавства покращити процесуальний статус особи, яка притягується до адміністративної відповідальності, забезпечивши належні гарантії охорони прав і свобод правопорушників, до яких застосовуються найбільш репресивні стягнення на кшталт арешту або конфіскації? Складно не погодитись із К.П. Задоя, на думку якого вади чинного адміністративного законодавства мають усуватись шляхом внесення до нього змін, а не за рахунок визнання тих чи інших діянь кримінальними проступками [6, с. 29].

Очевидно, що поява в Україні кримінальних проступків здатна зблизити наше законодавство із законодавством європейських країн (уточню – не всіх цих країн). Про що йдеться? У світі історично склались два основні підходи щодо класифікації кримінально караних вчинків людини. Перший полягає в тому, що всі кримінально карані діяння охоплюються єдиним поняттям «злочин», у межах якого за ступенем тяжкості виділяються певні їх категорії (як це і має місце в сьогоdnішній Україні). Втілений у законодавстві багатьох європейських держав інший підхід, означаючи існування багаточленної системи злочинних діянь, зводиться до того, що базове поняття «злочинне діяння» розпадається на дві або навіть три термінологічно відмінні категорії – злочин, проступок, а інколи і порушення. Наприклад, у ФРН поняття «кримінально каране діяння» (*Strafttat*) охоплює як власне злочин (*Verbrechen*), так і кримінальний проступок (*Vergehen*); в Іспанії злочинне діяння (*infraccion penal*) включає в себе злочин (*delito*) і проступок (*falta*); у Франції злочинні діяння (*infraction*) поділяються на злочини (*crime*), проступки (*delit*) і порушення (*contravention*). Оцінюючи цей підхід, М.І. Хавронюк пише, що в Європі давно дійшли висновку про те, що у сфері кримінального права не може бути лише одного різновиду караних діянь, причому не лише за їх небезпекою для суспільства, а і за ступенем покарання і правовими наслідками для покараної особи [7, с. 3].

У ст. 12 чинного КК України, на відміну від попереднього КК, де містився лише елементарний перелік тяжких злочинів, закріплено класифікацію злочинів. В її основу покладено критерій, що відбиває матеріальну суть злочину як соціального явища і має певну градацію щодо його змісту, – тяжкість злочину, небезпечність для суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом. Поряд із цим у ст. 12 КК передбачається формальний критерій – певний вид і розмір покарання, типовий, такий, що найповніше відображає тяжкість конкретної групи (категорії) злочинів. Закріплена в ст. 12 КК класифікація злочинів має значення для вирішення низки прагматичних правових питань: зокрема, вона спрощує редакцію Загальної та Особливої частин КК, впливає на призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від відбування покарання, заміну невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення судимості, застосування обставин, що виключають злочинність діяння, кваліфікацію злочинів.

Відповідно, як зазначає К.П. Задоя, ст. 12 нашого КК виконує ту саму роль, що і, наприклад, ст. 111-1 КК Франції, відповідно до якої злочинні діяння поділяються на злочини, проступки і порушення, або § 12 КК ФРН, який передбачає поділ злочинних діянь на злочини та проступки [6, с. 29]. На жаль, автори різних законопроектів, присвячених запровадженню кримінальних проступків, не дають переконливої відповіді на питання, чому вітчизняний підхід до класифікації злочинних діянь є гіршим (менш вдалим, менш коректним тощо) порівняно з європейським. Звичайно, поєднання в ст. 12 КК України, викладений у редакції Закону від 15 листопада 2011 р., для визначення ступеня тяжкості злочину двох формальних критеріїв – найбільш суворих видів покарань (позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі) і традиційно найбільш м'якого виду покарання (штрафу як основного покарання) є невдалим кроком, однак усунення цієї кон'юнктурної законодавчої вади цілком можливе і не у зв'язку з позитивним вирішенням питання про кримінальні проступки.

Не викликає сумнівів, що, проголошуючи запровадження інституту кримінальних проступків, вітчизняний законодавець у 2012 р. проігнорував предмет кримінально-правового регулювання, а також традиційний поділ галузей права на матеріальні і процесуальні, фундаментальні і прикладні (зокрема, кримінальне і кримінальне процесуальне право). «Ніколи норми процесуального права не можуть обґрунтувати необхідність прийняття норм матеріального права, бо вони є лише формою їх реалізації в об'єктивній дійсності й з цієї точки зору не можуть мати пріоритетного значення» [8].

Оскільки норми процесуального права, так би мовити, неприродно зумовили необхідність прийняття норм матеріального права, присвячених кримінальним проступкам, слушною є думка багатьох вітчизняних

дослідників (Д.С. Азаров, О.І. Соболев, А.А. Музика та ін.) про те, що аналізована новела мала бути втілена на-самперед у КК – причому після розв'язання певних проблем конституційно-правового характеру. З приводу конституційності кримінальних проступків К.П. Задоя пише, що з урахуванням правової позиції Конституційного Суду України, сформульованої в справі про відповідальність юридичних осіб, п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України має тлумачитись таким чином, що злочин є єдиним видом кримінального правопорушення в правовій системі України. Тому прийняттю будь-якого законопроекту, який передбачає запровадження кримінальних проступків, має передувати рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України на предмет визнання (невизнання) злочину єдиним видом кримінального правопорушення в правовій системі України [9].

Зважаючи на те, що термін «злочин» (а не терміни «кримінальне правопорушення» і «кримінальний проступок») використовується і в інших конституційних нормах (статті 29, 31, 34, 39, 60, 62, 76, 111), включаючи ті, що визначають права і свободи людини і громадянина та їх обмеження, ухваленню законопроекту про кримінальні проступки має однозначно передувати внесення відповідних змін до Конституції України.

Ідея охопити поняттям кримінального проступку частину адміністративних деліктів (інакше кажучи, криміналізація останніх) суперечить концепції гуманізації юридичної відповідальності. Показовим у зв'язку з цим є питання А.А. Музики, переконаного в необхідності розвантаження нашого КК, а не довантаження його за рахунок адміністративно-правових заборон: «Про яку гуманізацію кримінальної відповідальності може йтися, якщо адміністративні делікти раптом перетворяться на кримінальні проступки?» [10].

З огляду на сказане, складно повністю погодитись із Л.В. Павлик, яка стверджує, що запровадження кримінальних проступків «сприятиме звузненню сфери кримінальної репресії та декриміналізації значної кількості діянь, які сьогодні визнаються злочинами, а також вилученню з адміністративно-деліктного законодавства норм кримінально-правового характеру» [11, с. 9]. Скоріше навпаки: запровадження кримінальних проступків, вчинення яких зумовлюватиме виникнення та розвиток охоронних кримінально-правових відносин, фактично означатиме розширення сфери застосування кримінально-правової репресії (хай і не у вигляді покарання і без настання судимості) – навіть якщо питання про місце розташування відповідних норм у системі національного законодавства буде вирішено на користь окремого законодавчого акта. Щоправда, за такого підходу, як зауважує Є.В. Фесенко, втрачається системність галузевих правових норм, виникає низка проблем щодо співвідношення законодавчих актів – КК і Закону про кримінальні проступки [12]. Л.В. Павлик має рацію хіба що в тому, що внаслідок ухвалення Закону від 15 листопада 2011 р. КпАП був наповнений низкою норм про відповідальність за діяння, суспільна небезпека яких дозволяла раніше досить впевнено вести мову про їх злочинність, у зв'язку з чим можна і треба очікувати відновлення кримінальної відповідальності за частину, на мою думку, безпідставно декриміналізованих діянь (ухилення від повернення валютної виручки, «товарна» контрабанда, порушення, пов'язані із неплатоспроможністю, тощо).

Переміщення значної частини адміністративних правопорушень, що вчиняються фізичними особами (наприклад, дрібного хуліганства і дрібного викрадення майна), до кримінальних проступків сприйматиметься у повсякденній свідомості наших громадян і професійній правосвідомості фахівців як розширення сфери дії кримінального закону. При цьому різко збільшаться судово-статистичні показники кримінально караних діянь, кількість яких сягатиме мільйонних вимірів [13, с. 106].

Щодо переліку відповідних діянь, то чимало фахівців, як про це свідчать матеріали кількох спеціалізованих наукових заходів та інші публікації, підтримуючи положення Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, до числа кримінальних проступків пропонують відносити діяння, які за чинним КК належать до злочинів невеликої тяжкості, а також певні види адміністративних правопорушень, що вчиняються фізичними особами, мають судову юрисдикцію та не є за своєю суттю управлінськими. Зустрічаються, однак, і більш оригінальні підходи, наприклад, пропозиція віднести до кримінальних проступків передбачені нормами із бланкетними диспозиціями злочини у сфері господарської діяльності, проти довікілья, проти безпеки виробництва, проти безпеки експлуатації транспорту [14]. Але ж бланкетність – це не матеріальна (сутнісна) ознака, а лише прийом законодавчої техніки, який дозволяє не загромаджувати КК положеннями регулятивного законодавства, а тому вона навряд чи може слугувати критерієм поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки.

До речі, це саме стосується і такого критерію, як судово юрисдикція: остання тією чи іншою мірою може поширюватися на будь-яке адміністративне правопорушення. Щодо сумнівності такого критерію розмежування кримінальних проступків та адміністративних деліктів, як управлінський характер частини правопорушень, то з цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що використання згаданого критерію означатиме недоречне запровадження в кримінально-правову матерію категорій адміністративного права, не узгоджених із поняттями загального та родового об'єктів злочинів. До того ж і кримінальна, і адміністративна відповідальність є універсальними засобами охорони будь-яких суспільних відносин [15, с. 163–167]. Якщо задіяти таку ознаку, як відмінна від управлінського (адміністративного) суть правопорушення, за якою адміністративні

правопорушення мають бути трансформовані у кримінальні проступки, то до кримінальних проступків може бути віднесено надзвичайно широке коло діянь, у тому числі ті, що посягають на власність, громадський порядок і громадську безпеку, у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини, у сільському господарстві, на транспорті, в галузі шляхового господарства і зв'язку, в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницькій діяльності [16, с. 92–93].

Як бачимо, питання про обсяг (перелік) тих діянь, які варто охопити поняттям «кримінальний проступок», стоїть на порядку денному вельми гостро, позаяк теоретична теза про меншу суспільну небезпеку кримінального проступку (порівняно із суспільною небезпекою злочину) носить абстрактний (умоглядний) характер. Наприклад, згідно з чинним законодавством (ст. 51 КпАП, ст. 185 КК) дрібним викраденням чужого майна, яке безапеляційно пропонується трансформувати в кримінальний проступок, визнається таємне заволодіння чужим майном на суму, що не перевищує 0,2 НМДГ. Законодавець у цьому разі для забезпечення однакового підходу в правозастосуванні використовує чіткий (формалізований) критерій розмежування кримінально караної та адміністративно караної поведінки. Існують, однак, серйозні сумніви в оптимальності такого критерію на сьогодні, і це вважаю первинною проблемою.

Те саме стосується, наприклад, і пропозиції Д.Ю. Степаненка віднести не до злочинів, а до кримінальних проступків (у випадку сприйняття законодавцем ідеї щодо поділу кримінальних правопорушень на кримінальні проступки та злочини) умисне порушення порядку нарахування, обчислення або сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування або збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, якщо таке діяння призвело до ненадходження коштів у значних або великих розмірах. При цьому під коштами у значних розмірах пропонується розуміти суми відповідного внеску (збору), які в тисячу і більше разів перевищують установлений законом НМДГ, а під коштами у великих розмірах – які в три тисячі та більше разів перевищують вказаний мінімум доходів [17, с. 186, 258]. Щоправда, у тексті дисертації Д.Ю. Степаненка відсутнє обґрунтування саме таких величин, що характеризують суспільно небезпечні наслідки конкретного господарського злочину.

Автор цих рядків вже неодноразово писав про те, що для вироблення обґрунтованих вартісних критеріїв злочинності (кримінальної караності) діянь необхідним є проведення серйозних наукових досліджень – кримінологічних (за участю, зокрема, економістів і соціологів), емпіричних (подібних до того, яке свого часу здійснив В.Л. Чубарєв, з'ясовуючи розміри заподіяної матеріальної шкоди як фактору тяжкості злочинного діяння), а так само досліджень матеріалів правозастосовної практики. Має рацію В.В. Лунєєв, який закликає вивчати фактичну реальність на підставі масових статистичних і соціологічних тенденцій і закономірностей, виходити за межі догм права до політичних, економічних, соціальних та інших реалій, які формуються під впливом тієї чи іншої галузі права [18, с. 553]. Без проведення згаданих досліджень не вдасться подолати притаманну чинному КК довільність кількісних показників суспільної небезпеки злочинів, без чого про дотримання вимоги соціальної обумовленості кримінального закону говорити не доводиться. На цьому фоні питання, як коректно назвати кримінальні проступки (кримінальна чи карна провина тощо) та як позначати правові наслідки їх вчинення (покарання, стягнення, покута тощо), є похідними (щоб не сказати – другорядними). Погоджуюсь із В.Б. Харченком, який, констатувавши аксіоматичність положення про надмірну криміналізованість чинного КК, зазначає, що це є самостійною проблемою, жодним чином не пов'язаною із запровадженням інституту кримінальних проступків [19, с. 190].

Однак якщо вже і ставати на цей, вочевидь, сумнівний шлях, необхідно в першу чергу розробити критерій, який чітко і виважено розмежовуватиме злочини, кримінальні проступки та адміністративні делікти. Лише за такої послідовності розв'язання цієї фундаментальної проблеми вдасться уникнути довільності у віднесенні діянь до кримінально-правової або адміністративно-правової площини і загалом ситуації, коли спочатку будуть ухвалені келійно опрацьовані і не до кінця продумані законодавчі зміни, а згодом доктрина буде вимушена пояснювати і коментувати їх. Показово, що Д.С. Азаров, розмірковуючи над проблемою кримінальних проступків, відзначає методологічну некоректність підходу, в межах якого для розмежування адміністративних і кримінальних деліктів за їх суспільною небезпекою треба входити в площину складів конкретних посягань [20, с. 396].

З приводу згаданої довільності, притаманної одному з відповідних законопроектів, харківські правознавці ставлять цілком справедливі, як на мене, питання. Так, чи обґрунтовано визнавати кримінальними проступками такі злочинні діяння, які носять насильницький характер і посягають на здоров'я людини (наприклад, легкі тілесні ушкодження)? Чи припустимо визнавати кримінальним проступком (а не злочином, як зараз) погрозу вбивством? Чи доречно визнавати не адміністративним, а кримінальним проступком умисне та необережне порушення водієм транспортного засобу правил безпеки дорожнього руху, зокрема, таке, як перевищення встановлених обмежень швидкості руху транспортних засобів більше, ніж 20 км/год. або порушення вимог дорожніх знаків чи розмітки проїзної частини дороги? [8]. Перелік подібних (риторичних) питань можна продовжувати.

Підсумовуючи викладене, зазначу, що аргументи проти запровадження у вітчизняну правову систему кримінальних проступків видаються більш переконливими. Конструктивна ідея подальшої (більш поглибленої) диференціації кримінальної відповідальності за діяння, які мають різний рівень небезпеки (шкідливості) для людини, суспільства і держави, цілком успішно може бути реалізована і без допомоги інституту кримінальних проступків. Переконалий у тому, що ніщо заважає законодавцю і сьогодні (без звернення до поняття кримінального проступку), узгодивши цей процес з удосконаленням адміністративно-деліктного законодавства, змістовно вирішувати нагальні кримінально-правові проблеми, забезпечуючи гуманізацію кримінального законодавства (зокрема, поліпшити існуючу класифікацію злочинів, внести до КК зміни, відповідно до яких судимість не виникатиме у випадку засудження особи за злочин невеликої тяжкості, а кримінальна відповідальність не наставатиме у випадку вчинення замаху на такий злочин (а не тільки готування до нього), уточнити умови звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання та його відбування за злочини різної тяжкості, переглянути санкції кримінально-правових норм таким чином, щоб вони стали адекватним мірилом суспільної небезпеки злочинів, врешті-решт «розчистити» КК, декриміналізувавши частину злочинів невеликої тяжкості).

1. Яницкий Ю.А. Проблемы конкуренции уголовно-правовых и административно-правовых норм // Российская юстиция. – 2008. – № 7. – С. 19–20.
2. Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.
3. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право. Навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.
4. Дзюба Ю.П. Права потерпілого в контексті впровадження в чинне законодавство України інституту кримінального проступку // Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головін (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 142–144.
5. Куц В.М. Кримінальне правопорушення – нове явище національної кримінально-правової політики // Політика в сфері боротьби зі злочинністю : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (1 – 2 березня 2013 року, м. Івано-Франківськ). – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 119–123.
6. Задоя К.П. До питання про доцільність прийняття законопроектів, що передбачають запровадження інституту кримінальних проступків // Адвокат. – 2012. – № 4. – С. 27–31.
7. Хавронюк М.І. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» // Юридичний вісник України. – 31 травня – 6 червня 2014 р. – № 22 (Інформаційно-правовий банк). – С. 2–9.
8. Тацій В., Тютюгін В., Гродецький Ю., Байда А. Ще одна спроба «гуманізації» кримінального законодавства України // Юридичний вісник України. – 19 липня–2 серпня 2014 р. – № 29-30; 2–8 серпня 2014 р. – № 31.
9. Задоя К. Проблеми впровадження інституту кримінального проступку в правову систему України // Юридичний вісник України. – 3–16 травня 2014 р. – № 18-19.
10. Курінний Л. Кримінальний проступок – нова правова реалія // Юридичний вісник України. – 7–13 липня 2012 р. – № 27.
11. Павлик Л.В. Диференціація кримінальної відповідальності за злочинні посягання у сфері економіки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Львів, 2013. – 18 с.
12. Фесенко Є.В. Проблема класифікації кримінальних правопорушень // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2013. – № 2(8) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n2/13fevkkp.pdf>.
13. Борисов В. Проблеми запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 9. – С. 104–107.
14. Балобанова Д. Формирование института уголовных проступков // Юридичний вісник України. – 18–24 серпня 2012 р. – № 33.
15. Канібер Ю. М. Об'єкт посягання у системі критеріїв групування суспільно небезпечних діянь // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11 – 12 жовтня 2012 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 163–167.

16. Гладун О. Інститут кримінальних проступків: елемент гуманізації законодавства України про кримінальну відповідальність чи шлях до криміналізації суспільства? // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 6. – С. 91–95 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzizvru_2013_6_19.pdf.
17. Степаненко Д.Ю. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Луганськ, 2013. – 263 с.
18. Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 912 с.
19. Харченко В.Б. Система публично-правовой ответственности по законодательству Украины и возможные направления ее развития // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції присвяченої 95-річчю з дня народження професора М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 188–192.
22. Азаров Д.С. Класифікація кримінальних правопорушень за ступенем тяжкості: наріжні проблеми у міжгалузевому вимірі // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 394–398.

КРИМІНАЛІЗАЦІЯ. ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ¹

Криміналізація – термін, яким у кримінальному праві позначають процес і результат віднесення діянь до числа злочинів. Попри численність існуючих в юридичній літературі визначень криміналізації всі вони зазвичай акцентують увагу на тому, що внаслідок криміналізації як діяльності, за загальним правилом, законодавець певне суспільно небезпечне діяння, яке раніше злочином не визнавалось, стає таким і за його вчинення запроваджується кримінальна відповідальність. Інакше кажучи, криміналізація – це виявлення суспільно небезпечних проявів поведінки людини, визнання державою можливості і необхідності застосування щодо них заходів кримінальної відповідальності і закріплення в кримінальному законі ознак суспільно небезпечних діянь, оголошених злочинами.

Криміналізація охоплює (повинна охоплювати): отримання та оцінку інформації про появу (поширення) в країні певної поведінки, яка становить суспільну небезпеку; визначення можливих шляхів протидії їй; прогнозування наслідків запровадження відповідної кримінально-правової заборони; ухвалення рішення про встановлення кримінальної відповідальності за вказану поведінку; розроблення законопроекту та його прийняття.

Криміналізацію можуть викликати: виникнення нових, не існуючих раніше видів суспільно небезпечної поведінки; несприятлива динаміка видів поведінки, регламентованих некримінальним законодавством; необхідність виконання міжнародно-правових зобов'язань; науково-технічний прогрес, який призводить до виникнення і розвитку потенційно небезпечної для людини і суспільства сфер життєдіяльності; необхідність посилення охорони прав і свобод людини і громадянина; усвідомлення помилковості здійсненої раніше декриміналізації певного діяння тощо. Як правило, криміналізація того чи іншого різновиду поведінки людини має відповідати моральним уявленням, пануючим у суспільстві, схвалюватись ним. Водночас аморальність не притаманна всім без винятку злочинам, деякі з яких з погляду моралі можуть бути нейтральними, а в окремих випадках – навіть викликати схвалення (наприклад, ухилення від сплати податків і соціальних внесків, евтаназія, яка з точки зору чинного КК України підлягає кваліфікації як умисне вбивство).

Нерідко (у ЗМІ, працях із кримінології тощо) термін «криміналізація» використовується в значенні, відмінному від викладеного вище, коли він позначає не законодавче встановлення злочинності певного діяння, а збільшення кількості вчинюваних злочинів, зростання рівня злочинності в суспільстві загалом чи його окремих сферах (наприклад, криміналізація економіки). Кримінально-правовим поняттям криміналізації не охоплюються також: обмеження в застосуванні щодо певних видів злочинів інститутів звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування; збільшення верхніх меж санкцій у статтях Особливої частини КК, які закріплюють ознаки відповідних складів злочинів; інші різновиди посилення караності існуючих злочинів, що відбувається в межах пеналізації як нерозривно пов'язаної з криміналізацією, проте самостійної діяльності законодавця, яка носить щодо криміналізації вторинний (похідний) характер.

Криміналізація може здійснюватись різними способами, зокрема, шляхом: внесення змін до Загальної частини КК (наприклад, зниження віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність); включення до Особливої частини КК статей, які передбачають нові склади злочинів (напр., доповнення КК України ст. 366-1 «Декларування недостовірної інформації»); внесення змін до чинних кримінально-правових заборон, які призводять до розширення змісту ознак існуючих складів злочинів та, як наслідок, до розширення сфери потенційного застосування цих заборон (наприклад, перетворення суб'єкта шахрайства з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України) із спеціального в загальний). Криміналізація може статись і внаслідок внесення змін до іншогогалузевих джерел права, до яких відсилають бланкетні диспозиції у статтях Особливої частини КК і серед яких можуть зустрічатись підзаконні нормативно-правові акти (сказане і зумовило зроблене вище застереження, згідно з яким криміналізація не може вважатись винятковою прерогативою законодавця).

Слід мати на увазі, що внесення змін до статей Особливої частини КК і навіть поява нових кримінально-правових заборон не завжди означають криміналізацію у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається злочинною і, відповідно, кримінально караною. Так, це має місце тоді, коли законодавча новела (спеціальна кримінально-правова норма) передбачає відповідальність за діяння, яке і раніше розцінювалось як злочин згідно з іншою (загальною) кримінально-правовою нормою. Наприклад, доповнення КК України ст. 270-1 не означало криміналізацію умисного знищення чи пошкодження об'єктів ЖКГ, якщо це вчинено загально-небезпечним способом, спричинило майнову шкоду в особливо великих розмірах або загибель людей чи інші тяжкі наслідки, адже така поведінка визнавалася злочином відповідно до ч. 2 ст. 194 КК України.

Кримінальна протиправність як формально-юридична ознака злочину становить собою оцінку законодавцем суспільної небезпеки того чи іншого діяння і, як будь-яка людська оцінка, вона може бути помилковою з різних причин, у т. ч. кон'юнктурно-політичних. Посилення кримінальної протиправності, яка повинна узгоджуватись із суспільною небезпекою певного діяння, перенасиченість законодавця кримінально-правовими

¹ Статті написані для видання «Велика українська юридична енциклопедія».

заборами призводять до розповсюдження у суспільстві діянь, які державою визнаються злочинами та які водночас переважно більшістю населення не сприймаються як такі. Подібна криміналізація порушує такі принципи кримінально-правової політики, як економія кримінально-правової репресії (до кримінальної відповідальності спочатку може бути притягнута невинувато велика кількість осіб) і невідворотність кримінально-правового реагування на вчинений злочин (такий кримінальний закон врешті-решт перестає застосовуватись або застосовується у крайній вибірковості). Незастосування окремих кримінально-правових норм на тлі значної розповсюдженості заборонених ними діянь підриває авторитет кримінального закону і держави. Наприклад, застосування передбаченої КК України 1960 р. заборони щодо порушення правил про валютні операції за умов поширеної «доларизації» економічного і побутового обороту було класичним проявом саме вибіркового правосуддя.

Негативні результати необґрунтованої криміналізації полягають у тому, що вона: безпідставно створює можливість для притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, яке за своїм характером мало тягнути іншу юридичну відповідальність або не тягнути жодної; нівелює соціальну суть злочину і перекручує відмежування злочинної поведінки від незлочинної; призводить до появи «мертвих» норм КК тощо. З іншого боку, недооцінка важливості і можливостей криміналізації здатна призвести до прогалин у кримінальному законі, тобто до незахищеності суспільних відносин, які цього потребують, кримінально-правовими засобами. Крім необґрунтованої, помилковою може вважатись, зокрема, неточна криміналізація, за якої законодавець описання діяння, за вчинення якого встановлено кримінальну відповідальність, неточно відображає суть цього діяння.

З метою недопущення помилкової криміналізації юридичною наукою розроблено вчення про криміналізацію, яке виходить з того, що відповідна діяльність законодавця не повинна бути довільною і в межах якого досліджуються чинники (фактори), що підлягають врахуванню при запровадженні нових кримінально-правових заборон та іншому законодавчому розширенні меж злочинної поведінки. При цьому питання про поняття підстав, принципів, умов, приводів криміналізації, їх кількість, класифікацію, зміст і співвідношення належать до числа дискусійних. Незважаючи на істотно різні підходи до систематизації правил (вимог), які висуваються до криміналізації діянь, за змістом вони значною мірою збігаються, тобто відповідні дискусії носять не стільки змістовний, скільки термінологічний характер, точаться фактично не щодо суті правил криміналізації, а щодо їх систематизації (групування) та узагальнюючої назви таких вимог.

Один із численних доктринальних підходів до розв'язання згаданих питань полягає в тому, що підставою криміналізації визнається зумовлена змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжня потреба в тій чи іншій кримінально-правовій новелі, необхідність застосування кримінально-правових заходів до певної групи суспільних відносин, а принципи криміналізації поділяються на дві основні групи: 1) соціальні і соціально-психологічні та 2) системно-правові (загально-правові і кримінально-правові). При цьому, крім підстави і принципів криміналізації, виокремлюють приводи встановлення кримінально-правових заборон. Першу групу принципів криміналізації складають принципи суспільної небезпеки, відносної поширеності діяння, пропорційності позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичної адекватності. До загально-правових принципів криміналізації віднесено принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності і допустимості, процесуальної здійсненості переслідування, а до кримінально-правових – принципи відсутності прогалин у законі, визначеності та єдності термінології, повноти складу злочину, ненадмірності та економії репресії.

У будь-якому разі варто констатувати відсутність в Україні на сьогодні дієвого правового механізму, який би забезпечував впровадження відповідних наукових напрацювань у практику законотворчості в галузі кримінального права. *De lege ferenda* основні правила криміналізації діянь мають знайти законодавче закріплення на конституційному рівні або принаймні в Регламенті Верховної Ради України.

Декриміналізація – термін, яким у кримінальному праві позначають процес і результат переведення злочинів у розряд незлочинних діянь. Декриміналізація – поняття, яке за характером і кримінально-правовими наслідками є протилежним криміналізації, своєрідна «криміналізація зі знаком мінус». Це – виявлення заборонених КК діянь, суспільна небезпека яких відпала або щодо яких державою визнано недоцільність застосування заходів кримінальної відповідальності, та ухвалення рішення про виключення таких діянь із числа злочинів. Унаслідок декриміналізації діяння, яке раніше визнавалось злочином, більше не є таким, що відповідає ознакам певного складу злочину, передбаченого КК; воно стає правомірним діянням або відмінним від злочину правопорушенням (наприклад, адміністративним проступком чи цивільно-правовим деліктом).

Декриміналізацію як один із видів скасування кримінальної відповідальності та одну з матеріальних підстав для зворотної дії кримінального закону в часі слід відрізняти від депеналізації (усунення застосування покарання до особи, яка вчинила діяння, що є злочином). Тому криміналізацією не визнається, зокрема, передбачення нових підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування.

Декриміналізація може здійснюватись для виправлення раніше допущеної законодавцем помилки у вигляді необґрунтованої криміналізації певного діяння або через необхідність реагування державою на ситуації,

коли діяння, криміналізоване свого часу правильно, через зміни у житті суспільства фактично втратило свої властивості як злочину. Своєю чергою, декриміналізація також може бути необґрунтованою та, як наслідок, шкідливою: вона виводить зі сфери дії закону про кримінальну відповідальність суспільно небезпечні діяння і виключає запобіжний вплив цього закону на певний вид суспільно небезпечної поведінки. Як приклади такої декриміналізації можна навести скасування в 2011 р. кримінальної відповідальності за ухилення від повернення виручки в іноземній валюті і нещодавні зміни в законодавчому описанні складу злочину «зловживання владою або службовим становищем».

Декриміналізація може бути зумовлена різними чинними, включаючи такі, як: принципова зміна суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом; зміна уявлень про суспільну небезпеку того чи іншого діяння, у т. ч. зміна загально визнаної моральної оцінки певного діяння; впевненість у неефективності протидії конкретним проявам негативної поведінки людини за допомогою кримінально-правової репресії; виконання міжнародно-правових зобов'язань.

Так, у чинному КК України закономірно не знайшлося місця заборонам, за допомогою яких раніше забезпечувалась кримінально-правова охорона соціалістичної системи господарювання (норми про приписки та інші перекучення звітності про виконання планів, заняття приватнопідприємницькою діяльністю, комерційне посередництво, спекуляцію, порушення правил торгівлі тощо). Або інший приклад: у колишньому СРСР, починаючи з 1934 р., існувала кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво; натомість у сучасній Україні виходять з того, що здійснюваний на добровільних засадах гомосексуалізм (сексуальний потяг до осіб своєї статі) має розглядатись не як злочин, а як особливий стан організму людини, нетипова сексуальна поведінка.

Незастосування тієї чи іншої кримінально-правової заборони не завжди свідчить про помилковість (безпідставність) криміналізації діяння, якій присвячено цю заборону, адже причини такого стану речей можуть бути різними (відсутність діянь, за які встановлено кримінальну відповідальність; високий рівень латентності злочинів певної категорії; конструктивні вади заборони, які ускладнюють (унеможлижують) її застосування; спрямованість заборони головним чином на попередження передбаченої нею суспільної небезпечної поведінки тощо). Наприклад, відсутність випадків застосування статей КК України про екоцид і геноцид жодним чином не вказує на неспроможність цих заборон і необґрунтованість здійсненої в цьому разі криміналізації. Трагічні події останніх років на Донбасі призвели до того, що розповсюдження набула ще донедавна поодинокі практика застосування більшості статей КК України, якими передбачається кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України, терористичні і військові злочини.

Декриміналізація, набуваючи вигляду зміни змісту, форми або одночасно змісту і форми кримінального закону, здійснюється різними способами. Зокрема, це може бути внесення змін Загальної частини КК (наприклад, підвищення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за вчинення певного злочину; введення нової обставини, що виключає злочинність діяння, або розширення меж правомірної поведінки у межах вже існуючої обставини, що виключає злочинність діяння). Запроваджене чинним КК України виключення кримінальної відповідальності за готування до злочинів невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14) також слугує прикладом декриміналізації, здійсненої в межах Загальної частини КК.

Способом декриміналізації є і скасування статті (частини статті) Особливої частини КК (наприклад, при ухваленні чинного КК України відбулася декриміналізація наклепу та образи; у 2004 р. з КК України було виключено ст. 331 «Незаконне перетинання державного кордону», а в 2014 р. – ст. 365-1 «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми»). Разом з тим слід брати до уваги, що виключення статті (її частини) з Особливої частини КК не завжди означає декриміналізацію діяння, передбаченого цією статтею (її частиною). Так, у випадку скасування спеціальної кримінально-правової норми передбачене нею діяння може продовжувати визнаватись злочином, однак вже згідно із загальною кримінально-правовою нормою (тобто змінюється лише форма кримінального закону при незмінності його змісту). Наприклад, карані до 2011 р. за ст. 221 КК України «Незаконні дії у разі банкрутства», а наразі передбачені ст. 166-16 КпАП України фальсифікація, приховування чи знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність суб'єкта господарської діяльності, за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст. ст. 357, 358, 366 КК України. Виключення з КК України ст. ст. 112, 348, 379, 400 не означатиме декриміналізацію умисного вбивства державного та громадського діяча, працівника правоохоронного органу, судді чи захисника, оскільки кримінальна відповідальність за вчинене наставатиме на підставі загальної норми – п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України.

До інших способів декриміналізації можуть бути віднесені: введення до складу злочину нової обов'язкової ознаки (наприклад, перетворення складу певного злочину з формального у матеріальний); виключення зі складу злочину окремих альтернативних ознак (наприклад, здійснена в 2011 р. декриміналізація «товарної» контрабанди); звуження змісту тієї чи іншої ознаки складу злочину (наприклад, введення до складу злочину ознак спеціального суб'єкта; на відміну від КК України 1960 р., ст. 299 чинного КК України визнає злочином жорстоке поводження лише з хребетними тваринами).

Зміна моральних засад у суспільстві і правосвідомості правозастосувачів призвели до звуження обсягу поведінки, забороненої кримінально-правовою нормою про відповідальність за незаконні дії з порнографічними предметами (відбулася фактична декриміналізація при незмінності «букви» кримінального закону). Відомо, що свого часу в світі переслідувались як порнографічні такі відомі і безпроблемні на сьогодні художні твори, як «Тропік раку» Міллера, «Коханець леді Чаттерлі» Лоуренса, «Лоліта» Набокова. Це саме стосується визнаних на сьогодні хіба що еротичними (однак не порнографічними) фільмів «Калігула», «Імперія почуттів», «Нічний портьє», «Емануель» тощо.

За опосередкованої декриміналізації поліпшення правового становища того, хто вчинив діяння, заборонене кримінальним законом, стає результатом змін тих нормативно-правових актів та інших джерел, до яких відсилають бланкетні диспозиції у статтях Особливої частини КК (наприклад, скорочення переліку підакцизних товарів або наркотичних засобів). У випадках звуження обсягу злочинної поведінки, що стає результатом змін регулятивного законодавства при незмінності форми кримінального закону, слід застосовувати не ч. 1 ст. 5 КК України (оскільки в ній фігурує закон про кримінальну відповідальність), а ч. 1 ст. 58 Конституції України – норму прямої дії універсального характеру.

1. Балобанова Д. О. Теорія криміналізації : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – О., 2007. – 200 с.
2. Готін О. Підстави криміналізації діянь // Право України. – 2005. – № 2. – С. 95–98.
3. Мельник М. Помилкова криміналізація : види, причини та наслідки // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 5. – С. 94–99.
4. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні : формування та реалізація : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – О., 2005. – С. 80–104.
5. Письменський Є. О. Реалізація кримінально-правової політики шляхом криміналізації та декриміналізації : аналіз поточних законодавчих ініціатив // Часопис Київського ун-ту права. – 2015. – № 1. – С. 230–234.
6. Пономаренко Ю. А. Чинність і дія кримінального закону в часі : монографія. – К. : Атіка, 2005. – С. 191–218.

ПОТЕРПІЛИЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ¹

У сучасній правовій доктрині розрізняють кримінально-правове, кримінологічне і кримінально-процесуальне поняття потерпілого: кримінально-правове – потерпілий від злочину; кримінологічне – жертва злочину; кримінально-процесуальне – потерпілий у кримінальному провадженні. Тобто вчення про потерпілого носить міждисциплінарний характер. При цьому монографічні роботи таких українських дослідників, як Ю.В. Баулін, В.С. Батиргареева, В.І. Борисов, Є.В. Лашук, А.А. Музика, Т.І. Присяжнюк, М.В. Сенаторов та ін., присвячені потерпілому від злочину саме як кримінально-правовому поняттю.

У чинному КК України слово «потерпілий» вживається понад 80 разів, не кажучи вже про терміни, що позначають різновиди потерпілого, – неповнолітній, хворий, особа, яка виконує службовий або громадський обов'язок, суддя, народний засідатель, присяжний або їх близькі родичі, працівник правоохоронного органу, особа, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану, новонароджена дитина тощо.

Щоправда, законодавче визначення потерпілого наводиться не в кримінальному, а в кримінально-процесуальному законодавстві (ст. 49 попереднього КПК, ст. 55 КПК України 2012 р.). Хоча, як слушно зазначається у літературі, за логікою речей процесуальна фігура потерпілого похідна від його матеріально-правового статусу. Поняття «потерпілий» в його кримінально-правовому значенні є первинним щодо однойменної категорії в кримінальному процесі і за генезою, і темпорально [1, с. 18–19; 2, с. 13]. З урахуванням часу «входження» фігури потерпілого від злочину до сфери дії відповідних нормативних актів, а також з точки зору завдань, що постають перед кримінальним і кримінальним процесуальним правом, неприйнятним є шлях рецепції визначення потерпілого, закріпленого в КПК, для кримінально-правових потреб [3, с. 544].

Наразі потерпілий у кримінально-процесуальному розумінні – це фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Права та обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. Кримінально-процесуальне поняття потерпілого потрібне для того, щоб виокремити цю фігуру серед інших учасників кримінального провадження, закріпити правила їх взаємодії між собою, наділити її відповідними правами та обов'язками.

Вважається, що закріплена в КПК дефініція потерпілого не повністю відповідає потребам кримінального права. Кримінально-правове поняття потерпілого, яке має бути первинним (базовим) стосовно відповідного кримінально-процесуального поняття, необхідне для вирішення питань, пов'язаних із криміналізацією, кваліфікацією (включаючи відмежування від суміжних складів злочинів), диференціацією кримінальної відповідальності, звільненням від кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, для багатьох злочинів потерпілий має таке ж серйозне кримінально-правове значення, як для інших злочинів їх предмет.

Наприклад, такий злочин із привілейованим складом, як умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), передбачає, що зазначений стан винного виник унаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання або тяжкої образи з боку потерпілого. Відповідальність за згвалтування диференційовано у тому числі залежно від того, чи є неповнолітніми або малолітніми особи, потерпілі від цього найбільш розповсюдженого злочину проти статеві свободи людини. До обставин, що пом'якшують покарання, віднесено, зокрема, вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК).

Слід погодитись із висловленою у літературі думкою про те, що в текстах і КК України, і КПК України замість терміна «потерпілий» треба вживати гендерно адекватний термін «потерпіла особа» [4, с. 16, 163].

Злочин, обов'язковою ознакою складу якого є потерпілий, полягає у впливі на потерпілого – його вбивстві, заподіянні тілесних ушкоджень, незаконному поміщенні в психіатричну лікарню тощо.

Особа стає потерпілою у кримінально-правовому сенсі з моменту вчинення щодо неї злочину незалежно від того, чи розпочалось у зв'язку з цим кримінальне провадження, чи зафіксовано факт вчинення злочину щодо особи у процесуальному порядку. Загалом погоджуюсь із висловленою у літературі думкою про те, що потерпілий як кримінально-правова категорія породжується реальною дійсністю і становить собою об'єктивний наслідок діяння винного, що завдає шкоди, а не результат доказування в судовому процесі [2, с. 14]. Варто хіба що уточнити таке. Оскільки юридичним фактом, з яким пов'язується поява потерпілого у кримінально-правовому значенні, є вчинення закінченого або незакінченого злочину, не визнаються потерпілими ті суб'єкти, шкоду яким заподіяно відмінними від злочину діями, передбаченими кримінальним законом: малозначним діянням; поведінкою без вини; діянням неосудного або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність; діяннями, вчиненими за обставин, що виключають їх злочинність.

¹ Стаття опублікована: Азовські правові читання: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 18–19 квітня 2014 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2014. – С. 167–174.

Відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК України якщо внаслідок кримінального правопорушення сталася смерть особи (наприклад, це може бути вбивство через необережність, передбачене ч. 1 ст. 119 КК, або каране за ст. 118 КК умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони), права потерпілого можуть мати близькі родичі чи члени сім'ї такої особи. Однак зазначені особи не охоплюються кримінально-правовим поняттям потерпілого від злочину: цим поняттям мають позначатись лише такі особи, яким шкода внаслідок вчинення злочину заподіюється безпосередньо. Тому, наприклад, не розглядаються як потерпілі особи, які є близькими зґвалтованій жінці, хоч і такі особи можуть зазнати унаслідок вчинення злочину, передбаченого ст. 152 КК України, моральних страждань і матеріальних витрат.

Подібним чином розмірковує І.І. Митрофанов, який пропонує у нашому КК закріпити таке визначення поняття потерпілого від злочину: це – особа, якій безпосередньо злочином заподіяна моральна, фізична або майнова шкода (або існує загроза заподіяння такої шкоди), на підставі чого вона придбаває право вирішувати питання про кримінальну відповідальність того, хто вчинив злочин, а також про інші кримінально-правові наслідки вчинення злочину у випадках, передбачених КК [5]. Прагнення науковця наголосити на тому, що потерпілий від злочину є, так би мовити, повноцінним суб'єктом кримінально-правових відносин, заслуговує на підтримку. Водночас наведене формулювання викликає заперечення з огляду на те, що вирішення питання про кримінальну відповідальність порушника кримінально-правової заборони є компетенцією держави в особі суду.

Для визнання осіб потерпілими від злочину не має значення досягнення особою певного віку, наявність або відсутність психічних розладів тощо. Разом з тим певні ознаки потерпілого від злочину можуть відігравати у процесі кримінально-правової кваліфікації роль розмежувальних ознак. У цьому сенсі показовою є позиція Л.П. Брич, яка розмежувальною ознакою складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 139 КК «Ненадання допомоги хворому медичним працівником», і ч. 1 ст. 140 КК «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», називає потерпілого: якщо у першому випадку – це хворий, який знаходиться у небезпечному для життя стані, то у другому – це особа, яка не знаходиться у такому стані [6, с. 396].

Визначаючи місце потерпілого у структурі складу злочину, я приєднуюсь до пануючого у доктрині погляду, згідно з яким потерпілий від злочину – факультативна ознака об'єкта злочину. Ця ознака є факультативною через те, що потерпілий не є обов'язковою ознакою усіх складів конкретних злочинів, передбачених нашим КК. Ознакою складу злочину потерпілий стає лише тоді, коли його наявність впливає із законодавчого визначення злочину.

Якщо мова вже зайшла про законодавця, то варто зазначити, що він досить часто прямо не вказує на потерпілого, але передбачає його наявність, яка встановлюється шляхом тлумачення КК. Наприклад, потерпілим від умисного або необережного тяжкого тілесного ушкодження як злочину проти здоров'я особи вважається жива, що має фактичне здоров'я, людина в період від народження до смерті незалежно від наявності у неї хвороб, фізичних вад та інших індивідуальних особливостей. За таких обставин вказівка на нормативне закріплення властивостей потерпілого як на одну з ознак цього кримінально-правового поняття (наприклад, М.В. Сенаторов) навряд чи виправдана.

Інколи можна вести мову про альтернативного потерпілого, це має місце тоді, коли в диспозиції норми КК названі два і більше можливих потерпілих. Наприклад, у ст. 112 КК фігурують такі потерпілі, як Президент України, Голова Верховної Ради України, народний депутат України, Прем'єр-міністр України, член Кабінету Міністрів України, Голова чи суддя Конституційного Суду України або Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, Генеральний прокурор України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Голова Рахункової палати, Голова Національного Банку України, керівник політичної партії.

Окремі вітчизняні дослідники (М.Й. Коржанський, В.М. Куц, А.М. Орлеан, В.М. Смітєнко, П.Л. Фріс та ін.) пропонують визнавати предметом злочину і людину, шляхом впливу на тіло якої вчиняється злочин. Згідно з цим підходом потерпілий від злочину – «олюднений» предмет злочину. Так, А.М. Орлеан називає невинуватим обмеження предмета злочину лише неживими предметами на тій підставі, що ми ж визнаємо предметом злочину тварин у складі злочину «Жорстоке поводження з тваринами» [7, с. 24]. Визнаючи людину різновидом потерпілого від злочину, російський науковець М.П. Бікмурзін зауважує, що людина, як і інші живі істоти, є однією з форм існування високоорганізованої матерії. Виходячи з матеріалістичного розуміння людини як єдності фізичного і духовного, не можна заперечити можливість впливу на неї, подібного до того, що може мати місце стосовно інших «уречевлених елементів матеріального світу». Так, людина може бути переміщена у просторі, експлуатуватись, на її тіло можна фізично впливати тощо [8, с. 46–47, 102–103].

На мій погляд, людину як носія охоронюваних КК відносин, не дивлячись на його біологічну складову, варто охоплювати кримінально-правовим поняттям не предмета злочину, а потерпілого від злочину. Такої ж думки дотримується Д.О. Калмиков, переконаний у тому, що людину не можна визнати річчю, адже вона є живою та наділеною інтелектом біосоціальною істотою. Через це людина не може бути предметом складу злочину взагалі та предметом складу злочину, описаного в ст. 150 КК України, зокрема [9, с. 47.]. Як слушно зазначає

з цього приводу М.І. Панов, при визнанні людини предметом злочину соціальне і біологічне у людині протиставляється й отримує різну інтерпретацію. Між тим, наука кримінального права вивчає соціальні процеси і закономірності, а біологічні явища розглядає передусім під кутом розкриття цих процесів і закономірностей і з погляду всебічної охорони особи [10, с. 297–298]. Інакше кажучи, визнання людини предметом злочину виглядає не лише неетичним, а і нелогічним.

Так, у випадку вчинення злочину, передбаченого ст. 115 КК України, тобто умисного вбивства предметом охоронюваних відносин виступає життя людини як найважливіше благо, яке дарується кожному із нас природою та яке визнається будь-яким цивілізованим суспільством найвищою соціальною цінністю. Елементом відносин, який перш за все усувається особою, котра вчиняє умисне вбивство, є суб'єкт – людина як біологічна істота, частка суспільства і суб'єкт правових відносин, котрий володіє невід'ємним природним і конституційно гарантованим правом на життя. Потерпіла від умисного вбивства особа позбавляється можливості реалізації свого фундаментального особистого права, яке забезпечує фізичне існування людини і без дотримання (реалізації) якого всі інші права, свободи, блага тощо позбавлені сенсу. Як писав М.Й. Коржанський, кримінальний закон захищає людину і як суспільну, і як живу біологічну істоту, однак якщо визнавати об'єктом злочину людину як біологічну істоту, а не особу як сукупність певних відносин, існуючих у суспільстві, складно буде пояснити правомірність позбавлення життя людини, наприклад, під час необхідної оборони або крайньої необхідності [11, с. 21–22, 83–86]. У розвиток сказаного наведу висловлювання В.В. Мальцева про те, що життя людини у випадках дозволеного заподіяння їй смерті за обставин, що виключають злочинність діяння, не захищається кримінальним правом саме через те, що у цих випадках воно (життя) не включене законодавцем як предмет у число охоронюваних суспільних відносин. Оскільки об'єкти кримінально-правової охорони залишаються тут недоторканими, діяння, що позбавляє людину життя, не визнається суспільно небезпечним; унаслідок вчинення цього діяння не виникають відносини відповідальності [12, с. 218]. Варто додати, що навіть, коли йдеться про таку цінність, як людське життя, злочин та його об'єкт не втрачають свого суспільного характеру, оскільки захист недоторканості цієї цінності є не лише суб'єктивним правом індивіда, а й обов'язком суспільства в особі держави, закріпленим у ст. 27 Конституції України.

Взагалі ж, мабуть, має рацію В.О. Навроцький, який називає дискусію із позначеного питання схоластичною і такою, що не має відношення до вирішення будь-яких кримінально-правових питань. Адже так чи інакше ознаки того, проти кого спрямоване злочинне посягання і хто підлягає кримінально-правовій охороні, мають бути встановлені незалежно від того, як його називати – предметом злочину або потерпілим від злочину [13, с. 176].

Залежно від кола суб'єктів, які розцінюються як потерпілі (інакше кажучи, за суб'єктивним змістом), можна виділити дві основні позиції щодо розуміння потерпілого від злочину, які існують у вітчизняному кримінальному праві. Перша позиція зводиться до того, що потерпілий від злочину – це факультативна ознака об'єкта злочину, що характеризує людину (фізичну особу), з приводу якої вчинюється злочин та (або) якій, відповідно до кримінально-правової норми, злочином завдається істотна шкода (чи створюється загроза її заподіяння) [13, с. 176–177; 14, с. 65, 82; 15, с. 192]. Наведена позиція, крім всього іншого, ґрунтується на тому, що у чинному кримінальному законодавстві термін «потерпілий» і похідні від нього терміни вживаються тільки стосовно людей (фізичних осіб). До того ж етимологічно поняття потерпілого пов'язане саме з фізичною особою, а не тим чи іншим колективним утворенням.

Вказівку на загрозу заподіяння шкоди у визначенні потерпілого від злочину вважаю виправданою, оскільки у випадку вчинення стосовно людини незакінченого злочину шкода останній фактично може бути і не заподіяна (наприклад, особа не випила призначений для неї напій з отрутою, а вилила його). Тобто потерпіла – це особа, права якої порушені в результаті вчинення злочину. На відміну від предмета злочину, потерпілому від злочину як носієві охоронюваних кримінальним законом відносин завжди заподіюється шкода – реальна або (у випадку вчинення незакінченого злочину) потенційна.

Потерпілий від злочину – це людина, яка є іншою щодо тієї фізичної особи, яка вчиняє злочин. Відповідно, при заподіянні шкоди самому собі потерпілий від злочину як ознака складу злочину відсутній. З цього приводу у п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 р. № 13 «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» роз'яснюється, що не можуть бути визнані потерпілими особи, які постраждали від злочину, вчиненого ними ж. Наприклад, це має місце тоді, коли у результаті порушення Правил дорожнього руху тілесні ушкодження заподіяні лише тому водію транспортного засобу, який порушив вказані Правила; відповідно, у його поведінці немає складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК України.

Слід також уточнити, що фізичні особи як потерпілі можуть існувати як індивідуально визначені суб'єкти, так і у вигляді певних спільностей (об'єднань) фізичних осіб, прикладами яких є релігійні групи, раси, народності, нації, сім'ї [1, с. 101]. Сказане стосується, наприклад, такого злочину проти людства, як геноцид.

Суть іншого, більш широкого розуміння потерпілого від злочину полягає у тому, що ним пропонується визнавати не лише людину, а й інших соціальних суб'єктів, наприклад, юридичну особу, державу, інше соці-

альне утворення (зокрема, організацію, що діє без створення юридичної особи), яким заподіюється шкода (фізична, майнова, моральна, організаційна, політична тощо) або створюється загроза заподіяння такої шкоди [3, с.533; 16, с. 60; 17, с. 39–55; 18, с. 286]. До речі, свого часу про віднесення держави до потерпілих від злочину писав М.С. Таганцев. Цікаво заперечує проти цієї тези П.П. Сердюк, який називає юридично зайвим статус потерпілого для держави – потужного суб'єкта кримінально-правових відносин, що може застосовувати від власного імені примус. «Потерпілому слід надавати правового статусу тому, що він не має права вступити в боротьбу з кривдником і помститися йому чи вимагати із застосуванням сили відшкодування» [19, с. 142].

У будь-якому разі потерпілими від злочину не визнаються тварини, речі або явища. Деякі злочини вчиняються шляхом впливу на вказані елементи дійсності (наприклад, це стосується караного за ст. 299 КК України жорсткого поводження з тваринами), однак потерпілими від цих злочинів завжди стають певні соціальні суб'єкти. Адже вплив, що здійснюється на тварин, речі або явища, має кримінально-правове значення лише остільки, оскільки ним заподіюється шкода учасникам суспільних відносин [3, с. 548].

Навряд чи є підстави визнавати потерпілим від злочину і суспільство. Із законодавчого визначення злочину як суспільно небезпечного діяння випливає, що потерпілим від будь-якого злочину нібито виступає суспільство. Між тим, у випадку вчинення, наприклад, вбивства чи крадіжки немає потреби визнавати потерпілим усе суспільство – потерпілим визнаватиметься конкретна особа. «...шкода від злочину у цих випадках все ж таки несумісна з масштабністю всього суспільства» [3, с. 551]. «Коли ж суспільство визнає потерпілим від дій приватних осіб, то це є хибним шляхом, адже інтереси суспільства завжди ставлять вище інтересів приватної особи. Тут можливі чималі зловживання. Особливо від інституалізації штучних злочинів» [19, с. 142]. Якщо вважати потерпілим від злочину суспільство у цілому або навіть усе людство, то злочинів без потерпілого як ознаки об'єкта злочину просто не існуватиме.

1. Анощенкова С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем / отв. ред. Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 248 с.
2. Сидоренко Э.Л. Отрицательное поведение потерпевшего и уголовный закон. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 310 с.
3. Баулін Ю.В. Вибрані праці. – Х.: Право, 2013. – 928 с.
4. Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – 336 с.
5. Митрофанов И.И. Институт потерпевшего в уголовном праве [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.crimpravo.ru/blog/3056.html>.
6. Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.
7. Орлеан А. Теоретические основы расширения понятия предмета преступления в уголовном праве Украины // Закон и жизнь. – 2013. – № 7. – С. 21–25.
8. Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2006. – 184 с.
9. Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: монографія / наук. ред. д-р юрид. наук, проф. М.І. Хавронюк. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 560 с.
10. Панов М.І. Вибрані праці з проблем правознавства / передм. В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – 812 с.
11. Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину: Монографія. – Д.: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ; Ліра ЛТД, 2005. – 252 с.
12. Мальцев В.В. Содержание, структура и понятие объекта преступления // Российский ежегодник уголовного права. № 6. 2016 / Под ред. д-ра юрид. наук, профессора А.И. Бойцова. – СПб., 2013. – С. 194–232.
13. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 712 с.
14. Музика А.А., Лашук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 192 с.
15. Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Х.: Право, 2013. – 1234 с.

16. Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві України. – Х.: Право, 2006. – 208 с.
17. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / Колектив авторів. За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Х.: Вид-во Кроссруд, 2008. – 364 с.
18. Общая часть уголовного права: состояние законодательства и научной мысли / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н.А. Лопашенко. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2011. – 785 с.
19. Сердюк П.П. Теоретичні й методологічні проблеми сучасного кримінального права: монографія. – Запоріжжя: Акцент Інвест-Трейд, 2012. – 800 с.

ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ¹

Проблематика причинного зв'язку традиційно і безпідставно вважається однією з найскладніших у кримінальному праві. Незважаючи на численність теорій причинного зв'язку (нерідко взаємовиключних) і велику кількість наукових публікацій, чіткого, зрозумілого і більш-менш усталеного вирішення проблеми причинності в кримінальному праві досягнути поки що не вдалося. Оригінальне висловлювання А.А. Піонтовського про те, що з приводу причинного зв'язку в правовій науці існує цілий «парламент думок», зберігає свою актуальність для сучасної кримінально-правової доктрини і не лише України. При цьому причинний зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками як обов'язкова ознака об'єктивної сторони злочинів із матеріальним складом відіграє істотну роль в процесі кримінально-правової кваліфікації.

У КК України відсутнє нормативне визначення поняття причинного зв'язку, тому вирішення цього питання віддається на розсуд суду при розгляді конкретних кримінальних справ, а в теоретичному аспекті розробляється наукою кримінального права. В одному з проектів КК України містилась ст. 14 «Причинний зв'язок», в якій зазначалось, що умисне каране діяння або каране діяння, вчинене з необережності, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у разі наявності причинного зв'язку між діянням та шкідливими наслідками, що настали [1]. Наведене формулювання не враховувало існування злочинів із формальним складом, носило декларативний характер і не спроможне було допомогти правозастосувачу у встановленні розглядуваної ознаки об'єктивної сторони.

Кримінально-правова наука зазвичай розглядає причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням і суспільно небезпечним наслідком з позиції філософії. Причина у філософії – це різновид детермінації, таке явище, яке закономірно (генетично), із внутрішньою необхідністю породжує (викликає до життя) інше явище – наслідок. Існуючи об'єктивно, поза нашою свідомістю, причинний зв'язок може бути пізнаний людиною. Причинний зв'язок, який належить об'єктивному світу, не може бути ототожнений із судженням про нього навіть дуже проникливого спостерігача. При цьому питання про методологічні засади кримінально-правового вчення про причинний зв'язок належить до числа дискусійних. Так, відомий російський дослідник А.Е. Жалінський закликає з'ясувати специфіку кримінально-правової причинності як феномену, що ґрунтується на положеннях кримінального закону, а не займатись обґрунтуванням кримінальної відповідальності особи за допомогою філософських або псевдофілософських суджень. Кримінально-правовою причиною цей автор вважає протиправне діяння суб'єкта кримінально-правових відносин, яким створюються реальна небезпека, ризик або можливість настання суспільно небезпечних наслідків, передбачених КК [2, с. 363–394].

Думка не нова: ще М.С. Таганцев стверджував, що кримінальне право має справу не з філософським (абстрактним), а практичним розумінням причинності, що ґрунтується на життєвських уявленнях [3, с. 282–289]. Сам науковець при вирішенні питань причинного зв'язку закликав розрізняти привід і причину, не давши, щоправда, чіткої відповіді, як можна визначити переважність або незначність первісного вчинку людини порівняно із привхідними силами, які втручаються у розвиток подій і сприяють настанню результату.

О.Л. Тимчук наголошує на тому, що за умов методологічного плюралізму кримінально-правова наука може і повинна використовувати власне (специфічне) розуміння причинного зв'язку, яке враховує потреби правозастосування [4, с. 4–7]. Протилежної методологічної позиції послідовно дотримується Н.М. Ярмиш, яка вважає, що питання причинності в кримінальному праві не є відокремленим від загальнонаукової, філософської проблеми причини та наслідку. Лише з'ясувавши загальні закономірності, можна екстраполювати їх на окремі сфери [5, с. 131–139]. Виваженою видається позиція А.А. Музики і С.Р. Багірова, які визнають поняття причинного зв'язку в кримінальному праві не асоційованим, а консолідованим [6, с. 78–82], тобто таким, що, ґрунтуючись на філософському розумінні причинності, водночас має галузеві особливості і наповнюється специфічним кримінально-правовим змістом.

Водночас слід зауважити, що практика рухається своїм шляхом і на відповідні наукові напрацювання не дуже і зважає. «Вивчення кримінальних справ свідчить, що критерії встановлення причинного зв'язку, вироблені доктриною ... у судовій практиці юристами не використовуються. Органи досудового слідства і суди перебувають під значним впливом висновків експертів і здебільшого некритично переносять результати їх досліджень в обвинувальні висновки, вирокі, інші процесуальні документи» [7, с. 13]. На практиці не рідкістю є випадки, коли перед експертами ставиться кримінально-правове за своїм характером питання про те, чи перебуває діяння порушника тих чи інших правил з наслідками, що настали. Між тим, визначення наявності причинного зв'язку між порушенням особою відповідних правил і наслідками, які настали, є компетенцією слідчого, прокурора, суду. Щоправда, на думку Є.В. Фесенка, настав час для зростання ролі експертних досліджень у встановленні причинного зв'язку та, як наслідок, для перегляду звичного для нашої юриспруденції постулату про те, що висновок стосовно причинного зв'язку має робити насамперед юрист [8].

Звернемо увагу на те, що причинний зв'язок – це процес, що протікає в часі. Суспільно небезпечна поведінка особи може бути визнана причиною суспільно небезпечного наслідку лише в разі, якщо вона у часі

¹ Стаття опублікована: Вісник Запорізького національного університету: Юридичні науки. – 2012. – № 4 (ч. 1). – С. 214–221.

передувала його настанню: спочатку має бути вчинене діяння, а згодом – настати наслідок. Важливо однак, щоб діяння породжувало наслідок, адже зовнішня послідовність подій не завжди свідчить про наявність причинного зв'язку. Проілюструю логічну помилку «після того – отже, внаслідок того» на прикладі. Пішохід, який переходив вулицю, раптово впав, потім його переїхав автомобіль. Було доведено, що пішохід перед автомобілем з'явився і впав несподівано; водій, який перевищив встановлену швидкість, хоч і застосував термінове гальмування, наїзду на потерпілого уникнути не зміг. Судово-медична експертиза встановила, що смерть пішохода настала від інфаркту міокарда ще до наїзду на нього автомобілем. Отже, причинного зв'язку між протиправною поведінкою водія і смертю пішохода немає.

У кримінально-правовому розумінні причинний зв'язок означає, що суспільно небезпечний наслідок був породжений певним злочинним діянням, а не поведінкою третіх осіб (у тому числі потерпілого) чи будь-яких інших зовнішніх сил (втручання сил природи, технічних процесів тощо). Інакше кажучи, якби не було діяння, суспільно небезпечний наслідок не настав би. Дореволюційний криміналіст М.Д. Сергієвський з приводу теорії еквівалентності іронізував: «Причиной смерти лица, ... умершего от простуды, будет и портной, сшивший ему холодное платье, слуга, ошибочно уверявший его, что погода теплая, и извозчик, который слишком тихо вез его по улицам в морозный день, и, наконец, он сам, надевший холодное платье в большой мороз» [9, с. 118].

Водночас треба зауважити, що теорія еквівалентності (або рівноцінних умов), піддана загалом справедливій критиці за надмірне розширення меж кримінальної відповідальності (або, як писав А.Н. Трайнин, за суцільну «зрівнялівку» умов), має і раціональне зерно – правило уявного виключення. Фактично це правило (згідно з ним треба встановлювати, чи було досліджуване діяння тією умовою, без якої наслідки не настали б) використовується прибічниками різних підходів вирішення проблеми причинного зв'язку у кримінальному праві. Стосовно *conditio sine qua non* (умови, без якої немає результату) йдеться, скоріш за все, не стільки про самостійну теорію, скільки про загальне початкове правило процедури визначення причини, яке покладено в основу будь-якої теорії причинного зв'язку.

Треба розрізняти такі детермінуючі фактори, як причина та умови. Останні, на відміну від причини, хоч і відіграють певну роль у розвитку причинного зв'язку (можуть його пришвидшувати або, навпаки, гальмувати), самі по собі не спроможні у конкретній обстановці породжувати ті чи інші наслідки. Натомість причина слугує вирішальним і визначальним фактором настання наслідків. Так, умовою, а не причиною настання смерті пасажира, який несподівано вистрибнув з кузова і загинув під колесами зустрічного транспорту, є діяння водія автомобіля, який у порушення встановлених правил дозволив пасажиру їхати в кузові.

У різних злочинах розвиток причинного зв'язку відбувається по-різному. Так, у вбивствах причинний зв'язок, як правило, є коротким і безпосереднім. Разом з тим якщо винуватий діяв з умислом на вбивство, тривалість часу, що минув з моменту заподіяння ушкоджень до настання смерті потерпілого, для кваліфікації злочину як умисного вбивства значення не має (п. 22 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»).

Одеський обласний суд за умисне вбивство з хуліганських мотивів засудив М., який завдав шість ударів ножом у життєво важливі органи С. Незважаючи на надану медичну допомогу, потерпілий помер через 37 днів внаслідок заподіяних йому ушкоджень кишечника і великих кровоносних судин. Залишаючи без задоволення касаційну скаргу адвоката М., в якій ставилось питання про перекваліфікацію дій засудженого з п. «б» ст. 93 на ч. 3 ст. 101 КК 1960 р., судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України в своїй ухвалі зазначила, що смерть потерпілого перебуває у безпосередньому причинному зв'язку із заподіяним йому ушкодженням, а значний проміжок часу між нанесенням поранень і смертю С. сам по собі не може свідчити про відсутність умислу на вбивство [10, с. 4–7].

Традиційно в літературі виділяють, зокрема, опосередкований причинний зв'язок, коли у заподіяння злочинного результату втручається поведінка третіх осіб або зовнішніх сил. Наприклад, порушення обов'язків щодо охорони чужого майна створює необхідне підґрунтя для настання тяжких наслідків (ст. 197 КК), які фактично викликаються (зумовлюються) або поведінкою осіб, які вчиняють злочинне посягання на майно (наприклад, викрадають його), або дією стихійних сил природи. Багатоступінчастий розвиток причинного зв'язку характерний і для злочинів, передбачених, зокрема, ст. ст. 264, 287, 320 КК. Існує, щоправда, точка зору, згідно з якою у подібних ситуаціях має місце не причинний зв'язок, а інший різновид детермінаційної залежності – зумовлюючий зв'язок: порушення правил сприяє настанню наслідку, однак шкода заподіюється за рахунок приєднання інших факторів [7, с. 10]. У зв'язку з цим заслуговує на увагу добре обґрунтована А.А. Музику і С.Р. Багіровим пропозиція розширити зміст причинного зв'язку у правознавстві, поклавши край безплідній термінологічній суперечці та охопивши поняттям причинного зв'язку інші види детермінаційної залежності, які використовуються законодавцем при формулюванні деяких складів злочинів [6, с. 49–51]. Разом з тим при бажанні можна помітити певну непослідовність у міркуваннях згаданих дослідників, які, з одного боку, висловлюються за розширення кримінально-правового поняття причинного зв'язку, а, з іншого, вказують на доцільність законодавчої диференціації кримінальної відповідальності за злочини залежно від особливостей різнотипних детермінаційних зв'язків.

Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складів злочинів проти безпеки виробництва, також будучи, за загальним правилом, не прямим, а опосередкованим, може ускладнюватись не лише необережною поведінкою потерпілого, а й іншими чинниками (винна діяльність декількох суб'єктів, властивості експлуатованої техніки, складність технологічних процесів тощо).

Певний різновид опосередкованого причинного зв'язку має місце у злочинах з похідними наслідками: злочинне діяння тут спричиняє проміжний наслідок, який у свою чергу тягне за собою похідний наслідок. «Наприклад, причиною смерті, що вказана в ч. 2 ст. 121 КК, виступає не тільки діяння саме по собі, а й тяжкі наслідки, що настали внаслідок нього і створили реальну загрозу настання смерті, яка потім і сталася» [11, с. 202].

В юридичній літературі виділяють такі особливості причинного зв'язку у необережних злочинах: 1) як правило, множинність взаємодіючих факторів, наявність цілих причинних комплексів; 2) неоднакова роль порушення правил безпеки у злочині; 3) нерідко опосередкований характер причинного зв'язку; 4) як правило, випадковість настання суспільно небезпечних наслідків; 5) нерідко їх неадекватність характеру допущених порушень спеціальних правил безпеки [12, с. 383]. До орієнтованих на юристів критеріїв встановлення причинного зв'язку у необережних злочинах можуть бути віднесені такі моменти: 1) чи було діяння особи у вигляді порушення правила безпеки необхідною умовою створення аварійної ситуації; 2) чи належать шкідливі наслідки, що настали в об'єкті кримінально-правової охорони, до тієї категорії наслідків, на запобігання яких розраховане відповідне правило безпеки, порушене суб'єктом; 3) чи відповідає об'єктивний механізм заподіяння шкоди тій послідовності настання наслідків, на запобігання яких розраховане відповідне правило безпеки [7, с. 15].

На практиці однією з найбільш проблемних щодо встановлення причинного зв'язку є ситуація спільного заподіяння наслідку необережною поведінкою кількох осіб, коли необхідно враховувати ступінь участі кожного із суб'єктів у заподіянні єдиного злочинного результату. З цього приводу у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» роз'яснюється, що у випадках, коли передбачені ст. 286 КК суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, суди повинні з'ясовувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. З теоретичної точки зору у подібних ситуаціях є підстави вести мову про інтегративну причину, за якої порушення правил з боку одного суб'єкта є необхідною, але недостатньою умовою для настання суспільно небезпечного наслідку, і лише поєднання порушень з боку кількох осіб створює достатні умови для заподіяння шкоди. Ще однією особливістю причинного зв'язку у злочинах проти безпеки руху або експлуатації транспорту є розповсюджена ускладненість цього зв'язку поведінкою самого потерпілого. Якщо така поведінка була неправомірною, вона пом'якшує кримінальну відповідальність суб'єкта злочину.

У кримінально-правовій доктрині дискусійним є питання про можливість причинного зв'язку між бездіяльністю і суспільно небезпечними наслідками. Наприклад, М.Д. Шаргородський писав, що бездіяльність не спроможна викликати негативні зміни в оточуючій дійсності, породити результат. При бездіяльності має місце не спричинення, а неперешкоджання настанню результату, викликаного іншими причинами [13, с. 43–45]. Подібним чином розмірковує В.Б. Малінін, на думку якого при бездіяльності причинний зв'язок відсутній; кримінальна відповідальність настає за бездіяльність, за саме по собі невиконання обов'язку, але не за спричинення [14, с. 211–219].

Однак більшість науковців такий причинний зв'язок визнає, виходячи з вольового характеру злочинної бездіяльності і того, що у соціальному світі (на відміну від світу фізичного) відсутність дії, яку особа могла і повинна була виконати, спроможна породити настання суспільно небезпечних наслідків. Розвиваючи це положення, А.О. Пінаєв наводить традиційний приклад із матір'ю, яка не годує свою новонароджену дитину з метою позбавити її життя. З точки зору фізичного світу смерть дитини настає від виснаження організму, викликаного відповідними біологічними процесами; у соціальному ж сенсі смерть дитини настає від бездіяльності матері, яка не дає їжу при тому, що повинна була і могла це зробити [15, с. 86]. Дещо по-іншому інтерпретує цей класичний приклад Н.М. Ярмиш, яка пише, що в реальному житті смерть дитини настає не від бездіяльності, а від дій матері, яка, позбавляючись дитини, залишає її в місцях, де дитину тривалий час не можуть знайти і де вона помирає від голоду і холоду [16, с. 415–420].

До злочинів, які вчиняються шляхом бездіяльності і спричиняють суспільно небезпечні наслідки, можуть бути віднесені, наприклад: залишення в небезпеці, якщо внаслідок цієї бездіяльності настала смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 135 КК); ненадання допомоги особі, яка перебуває у небезпечному для життя стані, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження або смерть потерпілого (відповідно, ч. 1 або ч. 3 ст. 136 КК); ненадання медичним працівником допомоги хворому, що спричинило смерть хворого або інші

тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 139 КК); злісне невиконання батьками, опікунами чи піклувальниками встановлених законом обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування, що спричинило тяжкі наслідки (ст. 166 КК); службова недбалість у вигляді невиконання службовою особою своїх службових обов'язків, що заподіяло істотну шкоду або спричинило тяжкі наслідки (ст. 367 КК).

Порушивши низку нормативно-правових актів, заступник директора ТОВ з експлуатації атракціонів та охорони праці Г. не забезпечив технічно правильну експлуатацію атракціону (не здійснив належний контроль надійності кріплення всіх збірних одиниць, не забезпечив утримання атракціонної техніки у справному стані та безпечні умови її роботи шляхом організації належного обслуговування і ремонту, не брав участі у щоденному огляді атракціону), що призвело до заподіяння потерпілим тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості. Обґрунтованість засудження Г. за службову недбалість, передбачену ч. 1 ст. 367 КК, було підтверджено ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України [17].

Визнання законодавцем можливості причинного зв'язку у злочинах, вчинюваних шляхом бездіяльності, впливає із легальних визначень, по-перше, прямого і непрямого умислу як форми вини (у ст. 24 КК йдеться про передбачення суспільно небезпечних наслідків як дії, так і бездіяльності), по-друге, замаху на злочин (ним, відповідно до ст. 15 КК, може бути і бездіяльність).

При юридично пасивній формі злочинної поведінки особа дозволяє іншим особам, механізмам, тваринам тощо викликати наслідки у той час, як на неї покладался правовий обов'язок не допускати цього. Не бездіяльність усіх, а лише тих, чиє становище у суспільному механізмі вимагало втручання, набуває значення необхідної передумови, котра створює реальну можливість настання вказаних у кримінальному законі суспільно небезпечних наслідків. Каузальні потенції у дії і бездіяльності однакові [18, с. 241; 19, с. 435].

З точки зору теорії необхідного спричинення, яка тривалий час була пануючою на теренах колишнього СРСР, ґрунтується на взаємодії філософських категорій «необхідність» і «випадковість» і яка фактично сприймається (звичайно, з деякими уточненнями) значною кількістю вітчизняних криміналістів і сьогодні, значення має наявність закономірного (необхідного) причинного зв'язку між діянням і наслідком, а не випадкового зв'язку, коли наслідки є результатом випадкового збігу обставин, а не внутрішнього розвитку діяння. Проілюструю сказане на традиційних прикладах.

Водій порушив правила безпеки дорожнього руху, вчинив наїзд на пішохода, заподіяв йому тяжке тілесне ушкодження, потерпілого доставив у лікарню. Медична сестра помилково застосувала ліки, внаслідок чого потерпілий помер. Між діянням водія у вигляді порушення правил безпеки дорожнього руху і заподіянням тяжкого тілесного ушкодження є причинний зв'язок, а тому водій підлягає кримінальній відповідальності за ч. 2 ст. 286 КК. До настання смерті потерпілого водій не має безпосереднього відношення, тут у наявності випадковий причинний зв'язок, викликаний іншим фактом. Між дією медичної сестри (неналежним застосуванням ліків) і настанням смерті потерпілого є необхідний причинний зв'язок, тому за наявності інших підстав вона повинна нести кримінальну відповідальність за заподіяння смерті через необережність.

Судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України зробила висновок про відсутність причинного зв'язку між діями П., який на ґрунті неприязних стосунків двічі вдарив молотком у голову свою тещу, заподіявши їй відкриту черепно-мозкову травму, і смертю потерпілої С., яка настала через 25 днів після заподіяння тілесних ушкоджень. Було з'ясовано, що смерть С. стала результатом не травми голови, а гнійного запалення легенів, чому сприяло тривале пасивне положення тіла потерпілої під час перебування її у лікарні у зв'язку з травмою голови, а також патологічні зміни у серцево-судинній системі С. За таких обставин П. не міг нести кримінальну відповідальність за закінчене вбивство, однак з урахуванням спрямованості його умислу мав відповідати за замах на вбивство, у зв'язку з чим його дії були перекваліфіковані зі ст. 94 на ст. 17, ст. 94 КК 1960 р. [10, с. 3–4].

Як бачимо, серцевиною теорії необхідного спричинення є положення про те, що підставою кримінальної відповідальності є лише необхідний причинний зв'язок, а наявність «випадкового причинного зв'язку» таку відповідальність виключає. Критика цього підходу зводиться до того, що для кримінального права не має значення те, чи є злочинні наслідки необхідними або випадковими. Як свідчить аналіз законодавства і судової практики, в багатьох умисних і в більшості необережних злочинів наслідки носять саме випадковий характер, тобто не є неминучим (закономірним) результатом вчиненого діяння, оскільки залежать від численних ситуативних факторів. Це не виключає кримінальну відповідальність особи за умови, що вона могла передбачати настання цих наслідків або спеціально була зобов'язана їм запобігти. Як слушно зазначає Н.М. Ярмиш, зміст об'єктивності причинного зв'язку полягає в тому, що він існує незалежно від того, що думає про нього людина, і навіть незалежно від того, чи знає вона про нього взагалі. Причинний зв'язок об'єктивний у тому сенсі, що він існує незалежно від того, чи робила людина певні вчинки спеціально, щоб домогтися певного результату, чи ж заподіяння тієї чи іншої шкоди стало побічним або навіть зовсім непередбачуваним результатом її поведінки. Ні випадковість, ні необхідність для визначення причинного зв'язку як онтологічної категорії використовуватися не можуть. Одне з цих понять (випадковість) належить до процесу утворення

самих причин, інше (необхідність) – слугує способом формування уявлень про причинність. Породження є породженням; воно не може бути ні необхідним, ні випадковим [16, с. 57–58, 78, 166, 380]. Показово, що такі науковці, наприклад, як В.М. Кудрявцев, П.С. Матишевський, А.Н. Трайнін, Т.В. Церетелі вважали, що кримінально-правове значення має як необхідний, так і випадковий причинний зв'язок.

Таким чином, дослідження причинного зв'язку доцільно здійснювати у такій послідовності: 1) перша ланка причинності – конкретна суспільно небезпечна протиправна дія чи бездіяльність суб'єкта злочину; 2) за часом таке діяння має передувати настанню суспільно небезпечного наслідку; 3) діяння повинне відігравати у ланцюгу детермінації роль необхідної передумови настання суспільно небезпечного наслідку (подумки виключивши із зазначеного ланцюга певне діяння, треба переконатись у тому, що без нього наслідок не настав би); 4) діяння має бути визнане причиною настання суспільно небезпечного наслідку у конкретній ситуації; 5) спочатку потрібно встановлювати причинний зв'язок, який носить об'єктивний характер, а далі – можливість його передбачення суб'єктом злочину. Тобто питання про причинний зв'язок вирішується незалежно, окремо від встановлення вини. М.С. Таганцев з цього приводу влучно зауважив, що для призначення покарання не вистачає ні однієї винності, ні однієї причинності; необхідна винна причинність [3, с. 284].

До перспективних напрямів теоретичних досліджень аналізованої проблематики можуть бути віднесені, зокрема, встановлення причинного зв'язку у випадку множинності причин, з'ясування співвідношення причинного зв'язку та інших детермінаційних зв'язків, розроблення науково обґрунтованих та адресованих працівникам правозастосовних органів методичних рекомендацій щодо встановлення причинного зв'язку при вчиненні різних злочинів.

1. Кримінальний кодекс України. Проект (внесений на розгляд Верховної Ради України Комісією з питань правопорядку та боротьби із злочинністю) // Іменем Закону. – 28 жовтня 1994 р. – № 43.
2. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2009. – 400 С.
3. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 1. – М.: Наука, 1994. – 380 с.
4. Тимчук О.Л. Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складу злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – 16 с.
5. Ярмыш Н.Н. К вопросу о практическом значении теоретических исследований в уголовном праве: проблема причинности // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 13–15 квітня 2007 р. Частина 1. – Львів, 2007. – С. 131–139.
6. Музыка А.А., Багиров С.Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. – Хмельницкий: Изд-во Хмельницкого ун-та управления и права, 2009. – 112 с.
7. Багіров С.Р. Причинний зв'язок у злочинах, що вчиняються через необережність: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Київ, 2005. – 20 с.
8. Фесенко Є.В. Особливості наслідків та причинного зв'язку у злочинах з матеріальним складом // Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/index.html>.
9. Побегайло Э.Ф. Отзыв на диссертацию Малинина В.Б. «Причинная связь в уголовном праве: вопросы теории и практики», представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук // Уголовное право. – 2000. – № 1. – С. 118–120.
10. Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Знання, 1993. – 240 с.
11. Шевченко Є. До питання про причинний зв'язок у злочинах з похідними наслідками // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 3. – С. 199–207.
12. Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. – СПб.: Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – 1133 с.
13. Шаргородский М. Вопросы Общей части уголовного права (законодательство и судебная практика). – Л.: Изд-во Ленинград ун-та, 1955. – 256 с.
14. Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – 316 с.
15. Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права. Книга первая «О преступлении». – Х.: Харьков юридический, 2001. – 274 с.

16. Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: монография. – Х.: Право, 2003. – 512 с.
17. Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 19.
18. Курс уголовного права. Том 1: Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: Изд-во «Зерцало», 1999. – 592 с.
19. Уголовное право России: Общая Часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – 1064 с.

ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ УТРИМАННЯ ТВАРИН: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ПРОБЛЕМИ¹

Останнім часом у ЗМІ все частіше зустрічаються повідомлення про жакливі випадки спричинення домашніми тваринами (у першу чергу собаками) різного ступеня тяжкості тілесних ушкоджень або навіть смерті людини. При цьому мова, як правило, йде не про умисне нацькування собак із метою завдати шкоду найважливішим благам людини, а про настання таких наслідків через необережність, унаслідок порушення власниками тварин відповідних норм і правил. У цій статті пропонуємо розпочати фахове обговорення кримінально-правової складової позначеної проблеми.

Передусім зазначимо, що з кримінально-правової точки зору тварини можуть виступати знаряддями вчинення, наприклад, таких умисних злочинів, як контрабанда, крадіжка, розбій, тілесне ушкодження, вбивство, жорстоке поводження з тваринами [1]. У цьому плані викликає інтерес роз'яснення, наведене у п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2002 р. № 29 «Про судову практику у справах про крадіжку, грабїж і розбїй»: особам, які вчинили напад з метою розкрадання чужого майна з використанням собак та інших тварин, які становлять небезпеку для життя або здоров'я людини, або з погрозою застосування такого насильства, з урахуванням обставин справи має інкримінуватись така кваліфікуюча ознака розбою, як використання зброї або предметів, що використовуються як зброя.

Свідомо уникаючи дискусії з питання про межі поняття дії в її кримінально-правовому розумінні, відзначаємо, що нам імпонує підхід (інколи його називають правилом «продовженої руки злочинця»), згідно з яким суспільно небезпечна дія вбачається і тоді, коли людина безпосередньо не здійснює фізичного впливу на об'єкт кримінально-правової охорони. Однак, як вже зазначалось, пропонуване дослідження присвячено принципово іншим ситуаціям, коли заподіяння шкоди охоронюваним законом цінностям не поєднується зі свідомим використанням тварини з боку особи, винної в умисному злочині.

Для запобігання спричиненню тваринами шкоди життю і здоров'ю людини державою встановлені спеціальні правила утримання тварин і поводження і ними фізичних та юридичних осіб. Одним із нормативних актів, спрямованих на врегулювання основних питань щодо утримання тварин, є Закон України від 21 лютого 2006 р. «Про захист тварин від жорстокого поводження». У цьому документі (він, до речі, з'явився лише на п'ятнадцятому році незалежності України) регламентовано, зокрема, особливості утримання домашніх тварин (ст. 9), їх вилов і тимчасову ізоляцію (ст. 24), нагляд органів внутрішніх справ за дотриманням Закону (ст. 32). Законом від 21 лютого 2006 р. встановлено, що особа, яка супроводжує тварину (а такою особою може бути лише той, хто досягнув 14-річного віку), зобов'язана забезпечити безпеку оточуючих людей і тварин, а також майна від заподіяння шкоди супроводжуваною домашньою твариною. При супроводженні домашніх тварин не допускається залишати їх без нагляду. Домашніх тварин дозволяється утримувати у вільному вигулі лише на ізольованій, добре огороженій території (в ізольованому приміщенні).

На жаль, за умов низького рівня правосвідомості і загальної культури населення небагато наших співгромадян намагається сумлінно дотримуватись встановлених правил, пов'язаних з утриманням домашніх тварин, а певна частина українців навряд чи і чула про існування таких правил. Підтвердженням цього слугують моторошні цифри, наведені народним депутатом України В.І. Левцуном, який нещодавно ініціював ухвалення законопроекту «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо регулювання окремих питань та відповідальності при утриманні собак та інших домашніх тварин» (реєстр. № 6132 від 2 березня 2010 р.). Виявляється, що в 2008 р. було складено 4781 протокол за ст. 154 КпАП, яка передбачає відповідальність громадян і посадових осіб за порушення правил тримання собак і котів, у тому числі такі порушення, що спричинили заподіяння шкоди здоров'ю людей або їх майну. Водночас, згідно з інформацією МОЗ України, протягом 2008 р. зареєстровано 84057 звернень громадян до медичних установ зі скаргами на укуси собак. Із загальної кількості скарг тільки 21958 (менше 30%) стосувались агресії безпритульних тварин. Переважна ж кількість звернень (62099) мала відношення до собак із визначеними власниками.

Як свідчить аналіз правозастосовної практики, при притягненні винних до кримінальної відповідальності за порушення правил утримання домашніх тварин можуть виникати серйозні труднощі, у тому числі матеріально-правового характеру. Проілюструємо сказане за допомогою лише одного прикладу із практики правозастосування. Ф. утримував собаку бійцівської породи «пітбултер'єр» на території дачної ділянки у м. Севастополі. 8 червня 2008 р. собака вибіг за межі цієї ділянки через отвір під хвірткою і напав на гр-на Б., який проходив поряд, покусав його, заподіявши тим самим тяжке тілесне ушкодження. Зокрема, потерпілий внаслідок вимушеної ампутації лівого передпліччя втратив працездатність на 65 %. В обвинувальному висновку слідчий констатував, що Ф., порушуючи правила утримання домашніх тварин, відпустив собаку з

¹ Стаття написана в співавторстві з А.О. Данилевським і Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 15–21 травня 2010 р. – № 20.

ланцюга з метою охорони території дачної ділянки, не передбачав можливості того, що собака міг вибігти на вулицю через отвір в огороженні і заподіяти кому-небудь тілесні ушкодження, хоч повинен був і міг це передбачати [2]. Показово, що слідчий досить тривалий час вагався щодо того, якою ж має бути правильна кримінально-правова оцінка поведінки Ф. як господаря собаки і лише за усною консультативною згодою працівників апеляційного суду (насамперед з урахуванням тяжкості наслідків, які настали) порушив кримінальну справу за ст. 128 КК України, яка передбачає відповідальність за необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження.

Ключовою ідеєю законопроекту «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо регулювання окремих питань та відповідальності при утриманні собак та інших домашніх тварин» є пропозиція встановлення самостійної кримінальної відповідальності власників домашніх тварин за порушення правил їх утримання, наслідком чого стало нанесення шкоди здоров'ю іншим особам або їх загибель. Йдеться про те, щоб доповнити КК України ст. 119-1 «Вбивство внаслідок порушення правил утримання собак або інших домашніх тварин» і ст. 128-1 «Тяжкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження внаслідок порушення правил утримання собак або інших домашніх тварин». Як кваліфікуючі ознаки цих складів злочинів у законопроекті фігурують спричинення смерті і заподіяння тілесних ушкоджень двом або більше особам, а так само неповнолітній дитині. Вивчення пропонованих законодавчих новел спонукає висловити такі міркування.

Незважаючи на те, що спричинення шкоди домашніми тваринами внаслідок порушення правил їх утримання є досить розповсюдженим і страхітливим за своїми наслідками явищем, думки фахівців щодо кримінальної відповідальності за такі діяння істотно різняться. На переконання одних дослідників (у тому числі автора аналізованого законопроекту), чинний КК України не містить норми, яка б передбачала відповідальність за порушення правил утримання тварин, наслідком якого стало тілесне ушкодження або смерть людини. На думку інших, бездіяльність, яка полягає у відсутності належного контролю за тваринами, невтручання в їх поведінку, з боку того, хто міг убезпечити оточуючих від агресивної тварин, цілком охоплюється ст. 128 і ст. 119 КК України (якщо має місце необережне ставлення до суспільно небезпечних наслідків) або ст. 121 і ст. 115 КК України (якщо встановлено умисел щодо заподіяння наслідків). До речі, остання позиція була свого часу викладена у висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 2 грудня 2003 р. на проект Закону України «Про утримання та поводження з домашніми непродуктивними тваринами в населених пунктах» (реєстраційний № 3175-2 від 6 листопада 2003 р.).

В.О. Навроцький, переконаний у злочинності розглядуваної поведінки людини, виокремлює умови, за яких за заподіяну тваринами шкоду може наставати кримінальна відповідальність: 1) особа була зобов'язана контролювати поведінку тварини, будучи її власником, або за родом роботи (дресирувальник, доглядач), або внаслідок попередньої поведінки (наприклад, дикі чи безпритульні тварини прикормлювались особою) тощо; 2) шкода заподіяна не самому винному, а іншим особам; 3) особа мала можливість контролювати поведінку тварини (тримати її на прив'язі, відігнати від потерпілого тощо); 4) порушені писані або неписані правила утримання тварин; 5) агресивна поведінка тварини не була спровокована потерпілим [3].

На наш погляд, з'ясована розбіжність у підходах щодо кримінальної караності «результативного» порушення правил утримання тварин не в останню чергу зумовлена складністю визначення причинного зв'язку у теорії кримінального права. В юридичній літературі виділяють такі особливості причинного зв'язку у необережних злочинах: 1) як правило, множинність взаємодіючих факторів, наявність цілих причинних комплексів; 2) неоднакова роль порушення правил безпеки у злочині; 3) нерідко опосередкований характер причинного зв'язку; 4) як правило, випадковість настання суспільно небезпечних наслідків; 5) нерідко їх неадекватність характеру допущених порушень спеціальних правил безпеки [4].

Якщо шкода життю чи здоров'ю особи завдається твариною, яка утримувалась неналежним чином, то безпосередній причинний зв'язок між діянням винної особи і настанням суспільно небезпечних наслідків відсутній, оскільки шкода заподіюється безпосередньо не діянням винного, а дією зовнішніх сил (у нашому випадку – твариною). При цьому традиційно в літературі виділяють опосередкований причинний зв'язок, коли у заподіяння злочинного результату втручається поведінка третіх осіб або зовнішніх сил. Вважається, що багатоступінчастий розвиток причинного зв'язку характерний для злочинів, передбачених, зокрема, ст. ст. 197, 264, 287, 320 КК. Поширення викладеного підходу на випадки необережного заподіяння смерті або тілесних ушкоджень внаслідок неконтрольованої всупереч встановленому порядку поведінки тварин, на перший погляд, дозволяє вирішувати проблему кримінально-правової оцінки вчиненого у таких випадках. Однак і наведена позиція навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення і вважатись досконалою з теоретичної точки зору.

Так, на думку Н.М. Ярмиш – одного з найбільш авторитетних на теренах СНД дослідників причинного зв'язку в кримінальному праві, зв'язок у розглядуваній ситуації немає підстав вважати опосередкованим. Як і В.М. Кудрявцев, під опосередкованим причинним зв'язком авторка розуміє зв'язок, ускладнений втручанням зовнішніх сил, при цьому сил незалежних. Єдиною самостійною силою, на переконання Н.М. Ярмиш, можуть

виступати лише дії іншої людини, від рішення котрої залежить реалізація задуманого злочинцем. Поведінка тварин підконтрольна людині і не є вольовою: у тварин «вибір» поведінки здійснюється на чисто біологічному рівні балансу органічних потреб; тварина позбавлена свідомості і самосвідомості, а тому не має свободи вибору в повному і точному смислі цього слова [5].

Існує також точка зору, згідно з якою у подібних ситуаціях має місце не причинний зв'язок, а інший різновид детермінаційної залежності – зумовлюючий зв'язок: порушення правил сприяє настанню наслідку, однак шкода заподіюється за рахунок приєднання інших факторів. Стверджується, що в кримінальному законодавстві і в теорії кримінального права існує невідповідність щодо оцінки зумовлюючого зв'язку. Кримінально-правове значення визнається тільки за причинним зв'язком, а зумовлюючий зв'язок доктриною кримінального права ігнорується. Між тим, деякі кримінально-правові норми (наприклад, ст. ст. 264, 272, 273, 286 КК України) передбачають відповідальність саме за створення умов для заподіяння шкоди [6].

Вивчення проблеми встановлення причинного зв'язку у злочинах, які вчиняються через необережність, переконливо засвідчує: жодна з теорій причинного зв'язку у кримінальному праві, якою б логічною і стрункою вона не здавалась, не може пройти випробування реальними практичними прикладами. Науковці вимушені витрачати багато часу в намаганнях пристосувати теоретичні положення до чинного законодавства, яке є недосконалим. Життєві ситуації уже неможливо втискати до законодавчого «прокрустового ложа»: вони є більш різноманітними, оскільки суспільство безперервно розвивається і виникають нові форми суспільно небезпечної поведінки. Оскільки інші можливі засоби для розв'язання цієї проблеми є вичерпаними (доктрина не здатна запропонувати якусь одну прийнятну теорію причинного зв'язку), нормативні засоби можуть бути єдино придатними [7]. Вельми показовим при цьому є та обставина, що сам С.Р. Багіров не відкидає як таку можливість охоплення зумовлюючого зв'язку кримінально-правовим поняттям причинного зв'язку.

Таким чином, з огляду на різноманітність і суперечливість поглядів науковців щодо розуміння причинного зв'язку в кримінальному праві, існує цілком реальна можливість для того, щоб заперечувати наявність опосередкованого причинного зв'язку між порушенням правил утримання тварин і суспільно небезпечними наслідками у вигляді заподіяння шкоди життю чи здоров'ю людини. В результаті створюються умови, за яких неоднакове розуміння різними фахівцями характеру причинного зв'язку при заподіянні шкоди життю або здоров'ю людини твариною може призвести до того, що винні особи уникатимуть справедливого покарання. Тим більше, що відомий конституційний імператив «усі сумніви – на користь обвинуваченого» відіграє при застосуванні кримінального закону не менш вагомий роль, ніж при прийнятті процесуального рішення в справі.

Викладене вище засвідчує необхідність встановлення відповідальності за порушення правил утримання тварин, що призвело до заподіяння середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень, а також смерті людини, в окремій статті (статтях) КК України. У зв'язку з цим ми підтримуємо основну ідею законопроекту «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо регулювання окремих питань та відповідальності при утриманні собак та інших домашніх тварин», остаточне прийняття якого доречно і зайвий раз приверне увагу і пересічних громадян, і правоохоронців до того, що аналізована поведінка людини є злочинною, а отже, повинна тягнути за собою кримінальну відповідальність. Разом з тим аналіз вказаного законопроекту дозволяє висловити окремі зауваження.

Невиправданим вважаємо розміщення відповідних кримінально-правових заборон у розділі II Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи», адже життя і здоров'я особи виступають тут лише додатковим об'єктом злочинних посягань. Вчиняючи діяння, які пропонується описати в ст. ст. 119-1, 128-1 КК, особи не просто недостатньо обачливо ставляться до життя і здоров'я інших людей, порушують ч. 5 ст. 319 ЦК України, згідно з якою власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам і гідності громадян, а і демонструють зневагу щодо дотримання спеціальних правил поведінки із джерелами підвищеної небезпеки. Нагадаємо, що відповідно до ст. 1187 ЦК України джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогнеонебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб. Вроджена агресивність небезпечних диких тварин (вовків, ведмедів, тигрів, крокодилів, акул, отруйних змій, хижих птахів тощо) може проявлятися неадекватно і безконтрольно. Подібне спостерігається і серед домашніх тварин, наприклад, деяких видів собак (ротвейлерів, пітбултер'єрів та ін.), небезпечні властивості яких (гострота зубів, сила щелеп, вага, витривалість, нечутливість до болю) зумовлені штучним відбором [8]. При цьому стан захищеності життєдіяльності людей від джерел підвищеної небезпеки, за якого забезпечується запобігання загрозам заподіяння ними шкоди, утворює громадську безпеку як родовий об'єкт відповідної групи злочинів [9].

З огляду на сказане, місце новим кримінально-правовим заборонам (поряд з іншими нормами, які передбачають відповідальність за злочини, пов'язані з порушенням правил поведінки із джерелами підвищеної небезпеки) – у розділі IX Особливої частини КК України «Злочини проти громадської безпеки».

Крім усього іншого, місцезнаходження тих чи інших заборон у системі кримінального закону має братись до уваги при формулюванні санкцій. Законопроектом пропонується встановити істотно більш суворі (порівняно із санкціями ст. 119, ст. 128 КК) покарання. Більше того: санкції нових ст. 119-1 і ст. 128-1 встановлені на рівні умисних злочинів проти життя та здоров'я, а інколи навіть перевищують їх. Зокрема, нижня межа санкції за порушення правил утримання тварин, що потягло смерть людини, перевищує нижню межу санкції за умисне вбивство; за умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження максимальне покарання становить три роки позбавлення волі, а за необережне середньої тяжкості тілесне ушкодження внаслідок порушення правил утримання тварин до особи може бути застосоване покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років.

Звичайно, у процесі доопрацювання законопроекту в нього можуть бути внесені корективи (і в частині уточнення санкцій також). Разом з тим загалом запропонований підхід до побудови санкцій за злочинне порушення правил утримання тварин видається виправданим з огляду на нагальну потребу диференціації кримінальної відповідальності за різні види необережних злочинів. Як справедливо зазначається в літературі, подібні необережні злочини характеризуються можливістю настання виключно тяжких наслідків і високим ступенем ймовірності настання суспільно небезпечних наслідків через порушення правил безпеки під час здійснення діяльності, що є джерелом підвищеної небезпеки. Ці злочини мають підвищену здатність завдати суттєву шкоду суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, а звідси – і підвищену суспільну небезпеку порівняно з іншими необережними злочинами [10]. Тут не буде зайвим вказати і на те, що у доктрині обґрунтовується необхідність посилення кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 119 КК України, у випадку заподіяння смерті з необережності у сфері дії джерел підвищеної небезпеки [11].

Повертаючись до формулювань диспозицій ст. 119-1 і ст. 128-1, наведених у законопроекті, відзначимо, що не можна погодитись з обмеженням сфери застосування відповідних норм випадками порушення правил утримання лише домашніх тварин. Адже порушення правил утримання інших видів тварин (диких, сільсько-господарських, циркових тощо) становить не менший, а в деяких випадках значно вищий рівень суспільної небезпеки. Поширеність таких випадків поки що є незначною, однак законодавець повинен діяти на випередження відповідних ситуацій, а не реагувати на них із запізненням.

Сформульовані в ст. 119-1 і ст. 128-1 законопроекту ознаки складів злочинів фактично є тотожними і відрізняються лише за тяжкістю наслідків. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне об'єднати їх у межах однієї статті КК України під назвою «Порушення правил утримання тварин». У частині 1 цієї статті мова могла б йти про порушення правил утримання тварини її власником, іншою уповноваженою особою, якщо це призвело до заподіяння середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а частина 2 могла б передбачати більш суворе покарання, якщо наслідком порушення правил утримання тварин стала смерть людини.

Розглядуваний законопроект не позбавлений вад термінологічного характеру. Зокрема, невдалим є використання в текстах пропонованих до включення в КК ст. 119-1 і ст. 128-1 терміну «спричинило»; більш доречно використовувати в цьому разі зворот «призвело до» як такий, що точніше відображає характер причинного зв'язку між порушенням певних правил і суспільно небезпечними наслідками у вигляді смерті людини або тілесних ушкоджень певного ступеня тяжкості. Невдалим також вважаємо використання поняття вбивства в назві і диспозиції ст. 119-1. Адже відповідно до ч. 1 ст. 115 КК України вбивство – це умисне протиправне позбавлення життя іншій людині, а в запропонованій ст. 119-1 КК України йдеться про необережне заподіяння смерті.

Спірним є використання такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину щодо «неповнолітньої дитини». По-перше, невдалим є саме словосполучення «неповнолітня дитина». Логічно припустити, що існують ще «повнолітні діти», а також «неповнолітні дорослі». Однак у ч. 1 ст. 6 Сімейного кодексу України чітко визначено, що правовий статус дитини особа має до досягнення нею повноліття; тому будь-яка неповнолітня особа є дитиною. По-друге, інкримінування такої кваліфікуючої ознаки доцільно лише у випадку, коли спричинення шкоди саме дитині охоплюється виною особи. У розглядуваних випадках винна особа повинна або передбачати можливість заподіяння шкоди дитині, або мати такий обов'язок і можливість передбачити, що шкода буде заподіяна неповнолітній особі. Однак винний не може знати, кому саме завдасть шкоди тварина – дорослому чи неповнолітньому, у зв'язку з чим використання зазначеної кваліфікуючої ознаки у цьому разі видається недоцільним.

Оскільки диспозиція обговорюваної кримінально-правової заборони (у випадку включення її до КК України) носитиме бланкетний характер, запровадженню самостійної кримінальної відповідальності за порушення правил тварин має передувати чітка законодавча регламентація цих правил. Перш за все повинен реально запрацювати механізм офіційної реєстрації власників домашніх тварин, адже без цього процес притягнення до кримінальної відповідальності і доведення винуватості особи буде вкрай ускладненим. Мають чітко і максимально конкретно прописуватися самі правила утримання домашніх та інших тварин і поведінки з ними. Наприклад, про наявність собак їх власники мають застерігати відповідним написом. Особливі обмеження

мають встановлюватися для собак бійцівських та службових порід, виводити яких має дозволятися лише на короткому повідку і в наморднику. Частково відповідні правила містяться в документах, затверджених органами місцевого самоврядування, що відповідає ст. 9 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження». Однак з точки зору забезпечення ефективної кримінально-правової протидії порушенню правил утримання тварин, що заподіяло тяжкі наслідки, бажаним видається закріплення відповідних правил саме в законодавчому порядку. Тут доречно нагадати, що Міністерство юстиції України, виступаючи свого часу проти доповнення КК ст. 128-1 «Заподіяння тілесних ушкоджень внаслідок порушення правил утримання та поводження з домашніми тваринами», в обґрунтування своєї позиції послалось, зокрема, на те, що правила поводження з тваринами можуть встановлюватися різними підзаконними актами, у тому числі актами органів місцевого самоврядування. Тобто включення до КК вказаної статті «призведе до різного обсягу кримінально-правового регулювання, залежно від території України, що є неприпустимим» [12].

Насамкінець зазначимо, що вдосконалювати законодавство України, яке регулює правила утримання домашніх та інших тварин, а так само розв'язувати в легальному порядку проблеми кримінальної відповідальності за порушення таких правил потрібно. Це питання вже давно на часі. Висловлені нами міркування виходять із необхідності існування чіткої і зрозумілої для кожного підстави кримінальної відповідальності за порушення правил утримання собак та інших тварин. Крім того, нагальною є потреба в диференціації кримінальної відповідальності за заподіяння смерті або тілесних ушкоджень унаслідок порушення вказаних правил.

1. Головченко В., Потьомкін А. Закон і культура собаківництва // Юридичний вісник України. – 24–30 грудня 2005 р. – № 1; Китаєва В. Животные как орудия преступления // Законность. – 2004. – №11. – С. 47–49; Милуков С.Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. – СПб., 2000. – С. 117.
2. Матеріали Нахімовського РВ УМВС України в м. Севастополі. Кримінальна справа № 780334 за 2008 р.
3. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К., 2006. – С. 590–591.
4. Полный курс уголовного права: В 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. – СПб., 2008. – С. 383.
5. Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): монография. – Х., 2003. – С. 277–279.
6. Багіров С.Р. Причинний зв'язок у злочинах, що вчиняються через необережність: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 74.
7. Багіров С.Р. Вказана праця. – С. 185–186.
8. Болдинов В.М. Ответственность за причинение вреда источником повышенной опасности. – СПб., 2002. – С. 32–37.
9. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х., 2010. – С. 286.
10. Багіров С.Р. Вказана праця. – С. 91.
11. Гороховська О.В. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності: монографія / наук. ред. А.А. Музика. – К., 2007. – С. 68, 142–143.
12. Швець В.Д., Грицак В.М., Василькевич Я.І., Гацелюк В.О. Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / Вступне слово проф. Мельника М.І. – К., 2008. – С. 91.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ «ІНШІ ТЯЖКІ НАСЛІДКИ»: ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА¹

В юридичній літературі проблематика змісту, структури, видів і кримінально-правового значення суспільно небезпечних наслідків не обійдена увагою. Інтерес науковців до наслідків кримінально караної поведінки людини цілком зрозумілий, адже йдеться про зовнішню, найбільш інформативну сторону злочину, фіксації складових якої віддає перевагу і законодавець, і провозастосувач. При цьому однією з наскрізних проблем сучасної кримінально-правової науки є тлумачення оціночних понять (ознак), що використовуються в тексті кримінального закону, зокрема, для позначення суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складів конкретних злочинів. Як відомо, оціночні поняття, позначені за допомогою абстрактних законодавчих формулювань, наповнюються конкретним змістом у порядку доктринального і судового тлумачення тієї чи іншої кримінально-правової норми.

Проаналізувавши тенденції розвитку досліджень окремих інститутів Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), С.В. Хилюк слушно звернула увагу на відсутність серед науковців однакового підходу до розуміння, зокрема, поняття «інші тяжкі наслідки» [1, с. 135], яке є одним із найбільш часто вживаних у КК кількісних оціночних понять. Розглядувана логіко-граматична конструкція зустрічається наразі в текстах сімдесяти двох статей, розміщених у п'ятнадцяти з двадцяти розділів Особливої частини КК; лише її розділи III, V, XIV, XVI та XVII не містять у собі норм, в яких законодавче описання ознак складів злочинів здійснюється без використання термінологічного звороту «інші тяжкі наслідки».

З приводу неоднозначності останнього пригадується висловлювання М.І. Ковальова про те, що формулювання «інші тяжкі наслідки» несе в собі зародок майбутніх помилок, адже неявно виражена воля законодавця поступово підміняється тлумаченням закону (зокрема, судовим), яким фактично усуваються прогалини закону [2, с. 40]. На думку Л.Л. Круглікова, наведення законодавцем як орієнтиру окремих видів тяжких наслідків, звичайно, є корисним для практики, однак не заміняє відповідної дефініції, не дає повного уявлення про зміст досліджуваної ознаки та, як наслідок, не усуває складнощів у правозастосовній практиці [3, с. 44]. На непослідовність законодавця при визначенні змістовної наповнюваності поняття «інші тяжкі наслідки» свого часу звертав увагу і М.І. Хавронюк [4, с. 38–40].

Принагідно зауважимо, що в кримінально-правовій доктрині наводяться численні класифікації оціночних ознак. Нам імпонує класифікація, запропонована С.Д. Шапченком і В.В. Пітецьким та згодом розвинута О.В. Кобзєвою, відповідно до якої виділяються якісні, кількісні та складені (змішаного типу, сукупні) оціночні ознаки [5, с. 22; 6, с. 20–22; 7, с. 142; 8, с. 98–101]. У межах цього підходу кількісними визнаються ті оціночні ознаки, сутнісні властивості яких виражаються в законі шляхом вказівки на більш чи менш точні розрахункові характеристики («систематичне невиконання», «масове знищення», «значна шкода» тощо). Якісними оціночними ознаками вважаються ті, зовнішнє вираження основних властивостей яких здійснюється у формі вказівки на такі, що не підлягають виміру, узагальнені емпіричні характеристики (наприклад, «неналежне виконання», «серйозна загроза», «особиста зацікавленість»). Нарешті сукупними визнаються оціночні ознаки, які, маючи ускладнену структуру, «змушують» правозастосувача звертатися і до якісних, і до кількісних критеріїв оцінки. Прикладом сукупних оціночних ознак якраз і може слугувати досліджуване нами поняття «інші тяжкі наслідки».

Зважаючи на широку вживаність цього оціночного поняття, в кримінально-правовій науці питання про його зміст належить до числа активно досліджуваних. Вагомий внесок у розроблення досліджуваної проблематики зробили такі вітчизняні автори, як П.С. Берзін, В.І. Борисов, Л.П. Брич, Р.І. Лемеха, Р.Л. Максимович, В.О. Навроцький, В.П. Тихий, З.А. Тростюк (Загинеї), М.І. Хавронюк, С.Д. Шапченко та інші. Серед іноземних науковців, котрі в своїх працях активно висвітлювали розглядувану проблематику, варто згадати, зокрема, С.Г. Келіну, О.В. Кобзєву, Н.Ф. Кузнецову, М.Б. Кострову, К.К. Панька, В.В. Пітецького. Незважаючи на значущість праць згаданих правознавців, у кримінально-правовій доктрині і досі не сформувалося єдине бачення щодо змісту поняття «інші тяжкі наслідки». Метою пропонованої статті якраз і є визначення змісту поняття «інші тяжкі наслідки», а також формулювання науково обґрунтованих рекомендацій щодо тлумачення розглядуваного термінологічного звороту і перспектив його використання в нормах КК.

Л.П. Брич справедливо відзначає, що проблема розуміння змісту поняття «інші тяжкі наслідки» має три аспекти: по-перше, чи охоплюється вказаними наслідками заподіяння лише фізичної шкоди людині чи також і шкоди іншого характеру; по-друге, чи охоплюється вказаними наслідками такий прояв фізичної шкоди людині, як смерть; по-третє, які конкретні прояви фізичної шкоди людині становлять зміст цього поняття [9, с. 231; 10, с. 22]. Ураховуючи обмежений обсяг пропонованої статті, в її рамках пропонуємо зосередити увагу на розкритті першого (з нашої точки зору, найбільш дискусійного) аспекту розглядуваної проблеми.

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 1. – С. 162–170.

Передусім вважаємо за доцільне зазначити, що правильне розуміння кримінально-правового поняття «інші тяжкі наслідки» можливе лише за умови усвідомлення відмінності між ним і поняттям «тяжкі наслідки». Розмежовуючи розглядувані поняття, Л.П. Брич пише, що поняттям «тяжкі наслідки» законодавцем позначаються суспільно небезпечні наслідки, які є безальтернативною ознакою складу злочину. Обсяг цього поняття сам по собі є дуже широким. Крім того, він не обмежений обсягами інших понять, що мало б місце, якби вони були названі з ним в одному переліку. Зміст поняття «тяжкі наслідки» залежить від змісту суспільно небезпечного діяння у відповідному складі злочину. Тому зазначене поняття не може мати однакового значення у всіх складах злочинів. Своєю чергою, аналізуючи поняття «інші тяжкі наслідки», авторка зазначає, що це завжди наслідки альтернативні. Відповідно, обсяг цього поняття залежить від тих понять, що позначають суспільно небезпечні наслідки, в поєднанні з якими воно назване в диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК [9, с. 232; 10, с. 23–24].

Аналіз чинного КК свідчить про те, що в своїй абсолютній більшості (п'ятдесят сім з сімдесяти двох випадків) поняття «інші тяжкі наслідки» вживається в тексті кримінального закону поряд з іншим словосполученням, що відображає суспільно небезпечні наслідки відповідного діяння, – це «загибель людей». На наш погляд, у тих випадках, коли в диспозиції кримінально-правової норми наслідки у вигляді загибелі людей виступають єдиною альтернативою іншим тяжким наслідкам, зміст останніх має тлумачитись із застосуванням таких принципів тлумачення, як: 1) *Ejusdem generis* («того ж роду або класу»): якщо в тексті закону загальні слова йдуть за переліком конкретних предметів, осіб чи категорій, то загальні слова можуть означати лише предмети чи осіб тієї ж природи чи характеру, що і перераховані; 2) *Noscitu ra sociis* («той, що пізнається за супутнім»): якщо слово має декілька значень, його значення в законі з'ясовується по тими словами, які оточують його в контексті. Проектуючи зазначені принципи на проблематику нашого дослідження, можна сформулювати таке правило тлумачення кримінального закону: в тих випадках, коли в статті кримінального закону «загибель людей» виступає єдиною альтернативою «іншим тяжким наслідкам», до змісту останніх можна відносити лише ті наслідки, які полягають у певній фізичній шкоді здоров'ю людини.

У подібному руслі висловлюються Н.Ф. Кузнецова і М.Б. Кострова, котрі відзначають, що принцип *Ejusdem generis* є доволі корисним при тлумаченні-конкретизації саме «інших тяжких наслідків». Для дослідників безспірним є те, що «інші тяжкі наслідки» означають їх альтернативність з раніше вказаними в кримінально-правовій нормі наслідками і, відповідно, вказують на однорідність характеру і близький ступінь суспільної небезпеки наслідків. Як відповідний приклад вказується, що коли в п. «в» ч. 3 ст. 126 КК РФ передбачається викрадення людини, яке спричинило через необережність смерть потерпілого чи інші тяжкі наслідки, то не слід відносити до інших тяжких наслідків наслідки у вигляді матеріальної шкоди у великому розмірі, зриву особливо значущої комерційної угоди, міжнаціональних зіткнення, масових заворушень тощо [11, с. 37; 12].

Схожі за змістом міркування висловлює В.О. Навроцький, котрий звертає увагу на той факт, що певні труднощі становить встановлення змісту понять, які в КК наведені способом так званих відкритих переліків – коли прямо названо одну чи кілька однорідних ознак складу злочину, а далі вказано, що відповідною статтею охоплюються і інші аналогічні ознаки. На думку вченого, при тлумаченні відповідних термінів слід виходити з правила про те, що всі терміни, які використані у відкритих переліках, позначають однорідні поняття, тобто, по-перше, інші ознаки мають бути подібними (однорідними) з прямо вказаними в КК, і, по-друге, за змістом повинні відрізнятися від прямо названих. При цьому однорідність ознак означає, що вони мають бути в своїх основних рисах схожими з прямо названими в законі, належати до того ж роду, групи. Якщо йдеться про наслідки, то інші наслідки мають полягати в заподіянні шкоди тому ж об'єкту, бути такими ж за характером. Поняття, які позначаються прийомом відкритого переліку, мають тлумачитись з урахуванням значення прямо названих термінів, їх обсяг фактично обмежується самим законодавцем. Принципово неправильним є поширювальне тлумачення відповідних термінів, коли під іншими наслідками, діяннями, способами тощо розуміють будь-які можливі ознаки. В.О. Навроцький не оминає своєю увагою і зміст поняття «інші тяжкі наслідки», зазначаючи, що коли наслідки позначені як «загибель людей або інші тяжкі наслідки», то як ці «інші наслідки» повинна враховуватися лише фізична шкода; відповідно, матеріальна шкода незалежно від її розміру і характеру не повинна відноситися до таких наслідків, оскільки вона принципово відрізняється від тієї, на врахування якої орієнтує закон через термін, що є кореневим у відповідному законодавчому формулюванні [13, с. 641–642].

Коментуючи норми КК про відповідальність за злочини проти безпеки виробництва (уточнимо – частини другі статей 271–275 КК із використанням у них формулюванням «загибель людей або інші тяжкі наслідки»), В.О. Навроцький пише, що до інших тяжких наслідків у цьому разі не належить заподіяння матеріальної шкоди незалежно від її розміру, оскільки зі змісту відповідних нормативних актів випливає, що вони спрямовані на охорону лише особи, її життя та здоров'я. Заподіяння шкоди майнового характеру має отримувати самостійну кримінально-правову оцінку [14, с. 824].

Подібної точки зору дотримується Р.Л. Максимович, який вважає, що під «іншими тяжкими наслідками» у частинах других статей 271–275 КК треба розуміти лише заподіяння відповідної фізичної шкоди потерпілим,

тобто однорідні (однопорядкові) стосовно «загибелі людей» суспільно небезпечні наслідки. У випадку заподіяння матеріальної шкоди юридичній або фізичній особі або тривалого простою підприємств, цехів тощо шкода безпосереднім об'єктам злочинів проти безпеки виробництва не завдається, а тому заподіяння такої шкоди може діставати кримінально-правову оцінку за допомогою норм КК про відповідальність за службові злочини [15, с. 295].

З'ясовуючи зміст «інших тяжких наслідків» як кваліфікуючої ознаки злочинів проти безпеки виробництва, автори цих рядків свого часу приєдналися до позиції (праці В.І. Борисова, Г.С. Крайника, О.О. Пашенка), яку певною мірою можна охарактеризувати як компромісну. Йдеться про те, що поняття «інші тяжкі наслідки» з погляду застосування частин других статей 271–275 КК може включати в себе заподіяння великої майнової шкоди юридичним та фізичним особам або великої шкоди навколишньому природному середовищу, проте лише за умови, що такий наслідок був результатом порушення вимог безпеки на виробництві і супроводжувався створенням загрози життю або здоров'ю людей або заподіянням їм різних за ступенем тяжкості тілесних ушкоджень [16, с. 83].

В унісон Н.Ф. Кузнецовій, М.Б. Костровій, Р.Л. Максимовичу та В.О. Навроцькому З.А. Тростюк резонно зазначає, що в статтях Особливої частини КК, де поєднуються в одну логіко-граматичну конструкцію звороти «загибель людей» та «інші тяжкі наслідки», під іншими тяжкими наслідками необхідно розуміти лише заподіяння певної фізичної шкоди потерпілому. Адже шкода, яка позначена термінологічним зворотом «інші тяжкі наслідки», повинна бути однопорядковою із загибеллю людей (фізичною шкодою) [17, с. 169].

Водночас Л.П. Брич зробила слушне уточнення щодо висловленої З.А. Тростюк позиції, звертаючи увагу на той факт, що таке тлумачення поняття «інші тяжкі наслідки» поширюється тільки на випадки, коли «загибель людей» названа в диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК як єдина альтернатива іншим тяжким наслідкам, оскільки різне змістовне наповнення аналізованого поняття безпосередньо визначається змістом того поняття чи тих понять, у поєднанні з якими в диспозиції статті Особливої частини воно назване. Адже в деяких складах злочинів альтернативою іншим тяжким наслідкам, крім загибелі людей, є суспільно небезпечні наслідки, що полягають у шкоді, за характером відмінній від фізичної шкоди людині [9, с. 232; 10, с. 24–25].

Справді, аналіз чинного кримінального законодавства засвідчує, що поряд із тими випадками, коли «загибель людей» названа в диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК як єдина альтернатива «іншим тяжким наслідкам» (загалом подібна конструкція використовується в Особливій частині КК тридцять три рази), поширеним є і такий варіант побудови кримінально-правових норм, коли альтернативою «іншим тяжким наслідкам», крім «загибелі людей», виступають суспільно небезпечні наслідки, що полягають у шкоді, за характером відмінній від фізичної шкоди людині. Зокрема, такий прийом законодавець застосував при формулюванні більшості складів злочинів проти довкілля (ст. 236, ч. 2 ст. 238, ч. 2 ст. 239, ч. 3 ст. 239-1, ч. 3 ст. 243, ч. 2 ст. 245, ч. 1 ст. 253 КК), багатьох складів злочинів проти громадської безпеки (ч. 3 ст. 265, ч. 3 ст. 265-1, ч. 4 ст. 267-1, ч. 2 ст. 270, ч. 3 ст. 270-1 КК), деяких інших складів злочинів (ч. 2 ст. 278, ч. 3 ст. 280, ч. 3 ст. 292, ч. 3 ст. 321-1, ч. 2 ст. 347, ч. 2 ст. 352, ч. 2 ст. 378, ч. 2 ст. 411, ст. 417, ч. 2 ст. 446 КК).

У таких випадках питання про зміст «інших тяжких наслідків» має вирішуватись правозастосувачем з урахуванням багатьох чинників, серед яких визначальним, на нашу думку, має бути логіко-граматичне (у т. ч. логіко-синтаксичне) тлумачення тексту кримінального закону. Приступаючи до тлумачення поняття «інші тяжкі наслідки», правозастосувач зобов'язаний уважно проаналізувати синтаксичну структуру диспозиції кримінально-правової норми з тією метою, щоб повною мірою зрозуміти наміри законодавця, які той мав при використанні звороту «інші тяжкі наслідки». Аналіз чинного КК свідчить про використання законодавцем двох основних варіантів синтаксичної побудови норм, в яких одними з декількох альтернативних ознак складу злочину (переважно наслідків) виступають «загибель людей» та «інші тяжкі наслідки».

Варіант І. Законодавець альтернативно (через кому) перелічує суспільно небезпечні наслідки діяння (при цьому перед описанням таких наслідків можуть вказуватись і інші ознаки складу злочину, зокрема, спосіб), одним з яких виступає «загибель людей», завершуючи перелік, після вказівки на останній з видів наслідків, словосполученням «або (чи) інші тяжкі наслідки». Зокрема, такий варіант зустрічається у ст. 236, ч. 2 ст. 239, ч. 3 ст. 239-1, ч. 2 ст. 242, ч. 2 ст. 243, ч. 2 ст. 245, ч. 1 ст. 253, ч. 3 ст. 265, ч. 3 ст. 265-1, ч. 2 ст. 270, ч. 3 ст. 292, ст. 417 КК.

Видається, що за такої побудови статей КК поняття «інші тяжкі наслідки» може означати будь-який вид наслідків, які лежать у площині охоронюваного об'єкта (в кримінальному праві аксіоматичним є положення про визначення суспільно небезпечних наслідків об'єктом посягання) і за ступенем суспільної небезпеки є приблизно однаковими з іншим, вказаним в диспозиції відповідної кримінально-правової норми.

Наприклад, у складі злочину, передбаченого ст. 236 КК, враховуючи його об'єкт та зміст об'єктивної сторони (зокрема, вживання «інших тяжких наслідків» поряд із наслідками у вигляді «загибелі людей» та «екологічним забруднення значних територій»), до «інших тяжких наслідків» слід відносити загибель однієї особи, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній чи кільком особам, масове захворювання людей, виведення з ладу виробничих підприємств чи інших важливих споруд (гребель, систем водо- та енергопостачання, зв'язку тощо),

масові загибель або захворювання об'єктів тваринного світу, знищення лісових масивів на значних площах, неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси у певному регіоні, генетичне перетворення природних об'єктів, спричинення великих матеріальних збитків, у т. ч. пов'язаних з відновленням належної якості довкілля, неможливість проживання населення на певній території і вимушене переселення людей [18, с. 111–112]. У складі злочину, передбаченого ч. 2 ст. 270 КК, в якій альтернативою «іншим тяжким наслідком» виступають «загибель людей» та «спричинення майнової шкоди в особливо великому розмірі», до «інших тяжких наслідків» відносять заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній або декільком особам, середньої тяжкості тілесних ушкоджень – двом або більше особам, залишення людей без житла або засобів до існування, тривалі припинення або дезорганізацію роботи підприємства, установи, організації тощо (абз. 3 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 2 липня 1976 р. № 4 (у редакції постанови від 3 березня 2000 р. № 3) «Про судову практику в справах про знищення та пошкодження державного чи колективного майна шляхом підпалу або внаслідок порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки»). У складі злочину, передбаченого ст. 417 КК, в якій йдеться про порушення правил кораблеводіння, що спричинило загибель людей, загибель корабля або інші тяжкі наслідки, під «іншими тяжкими наслідками» слід розуміти завдання шкоди у великих розмірах як військовому, так і іншим відомствам та приватним особам, а також зараження довкілля, що завдало шкоду умовам існування рослинного, тваринного світу та людині або великі втрати на усунення реальної небезпеки для довкілля, зрив виконання бойового завдання тощо [16, с. 615–617].

Варіант II. Законодавець за допомогою розділового сполучника «або» розділяє усі види суспільно небезпечних наслідків, зазначені в статті (частині статті) КК, і наслідки у вигляді «загибелі людей чи інших тяжких наслідків», які вказуються в кінці переліку. Подібний прийом використаний у ч. 2 ст. 194, ч. 2 ст. 238, ч. 4 ст. 267-1, ч. 3 ст. 270-1, ч. 3 ст. 278, ч. 2 ст. 347, ч. 2 ст. 352, ч. 2 ст. 378, ч. 2 ст. 411, ч. 2 ст. 446 КК.

Таке конструювання, виходячи з його логіко-граматичного тлумачення, дозволяє припустити, що законодавець відніс всі інші наслідки, які йдуть після розділового сполучника «або», до умовної «сфери впливу» наслідків у вигляді «загибелі людей». Якби законодавець мав намір охопити поняттям «інші тяжкі наслідки» не лише спричинення шкоди здоров'ю людини, а і настання наслідків іншого характеру (майнова шкода, шкода довкіллю тощо), між усіма іншими наслідками, вказаними у статті (частині статті) КК, і логіко-граматичною конструкцією «загибель людей чи інші тяжкі наслідки» було б вжито не розділовий сполучник «або», а кому, а вже між наслідками у вигляді «загибелі людей» та «іншими тяжкими наслідками» був би використаний сполучник «або» («чи»). За такого підходу можна було б стверджувати, що поняття «інші тяжкі наслідки» є: або взагалі відносно самостійним і, відповідно, може охоплювати собою будь-які наслідки залежно від оцінки правозастосувача, яка спирається на зміст та місцезнаходження відповідної кримінально-правової заборони; або пов'язане щонайменше не лише із «загибеллю людини», а і з іншими наслідками, зазначеними в диспозиції відповідної кримінально-правової норми. За умови застосування другого з виділених нами варіантів переконуємось у зворотному та маємо пов'язувати «інші тяжкі наслідки» виключно із «загибеллю людей».

Виходить, що всупереч усталеній і, на перший погляд, цілком логічній науковій позиції, обстоюваній, зокрема, Н.О. Антонюк [19, с. 374–375] і М.І. Мельником [14, с. 548], під «іншими тяжкими наслідками», альтернативно вказаними в ч. 2 ст. 194 КК поряд із «загибеллю людей», навряд чи можуть розумітись, наприклад, залишення людей без житла або засобів до існування, виведення з ладу повністю або на тривалий час важливих споруд, техніки, тривале припинення або дезорганізація роботи підприємства. Уточнимо, що умисне знищення або пошкодження чужого майна, яке заподіяло зазначені та подібні їм суспільно небезпечні наслідки, все може кваліфікуватися за ч. 2 ст. 194 КК – за умови заподіяння майнової шкоди в особливо великих розмірах, на що прямо вказує ця кримінально-правова норма. Для ілюстрації нашої позиції пропонуємо також розглянути зміст поняття «інші тяжкі наслідки» як ознаки складів злочинів, передбачених ч. 3 ст. 270-1 та ч. 2 ст. 238 КК. Звернемось до напрацювань науковців.

Аналізуючи склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 270-1 КК, В.В. Антипов відносить до «інших тяжких наслідків» припинення постачання тепла до житлового фонду в зимовий період тощо [20, с. 415], а Г.Є. Болдарь та Л.О. Мостепанюк – залишення людей без житла або засобів до існування, шкоду у великих розмірах підприємствам, установам, організаціям чи громадянам, а так само тривалий простій підприємств, цехів або їхніх виробничих дільниць [21, с. 303; 22, с. 157]. Уточнимо лише, що Г.Є. Болдарь відповідним чином розкриває зміст поняття «інші тяжкі наслідки» як ознаки складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 194 та ч. 3 ст. 194-1 КК. Враховуючи, однак, фактично тотожність основних безпосередніх об'єктів та законодавчого описання ознак об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених ст. 194-1 і ст. 270-1 КК, є підстави припустити, що висновок науковця щодо змісту «інших тяжких наслідків» розповсюджується і на ч. 3 ст. 270-1 КК.

Проте, з огляду на аргументи, представлені вище, повністю погодитись із подібним тлумаченням «інших тяжких наслідків» ми не можемо. Якщо наслідком умисного знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства (далі – ЖКГ) стало припинення постачання тепла до житлового фонду в зимовий

період, про яке веде мову В.В. Антипов, вчинене повинне кваліфікуватися за ч. 3 ст. 270-1 КК як таке, що спричинило інші тяжкі наслідки, лише в тому разі, коли особі будуть заподіяні тілесні ушкодження певної тяжкості. В іншому разі вказане діяння має отримувати кримінально-правову оцінку з посиланням на ч. 1 ст. 270-1 КК як умисне знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ, яке призвело до порушення нормального функціонування або неможливості експлуатації об'єктів ЖКГ, що спричинило небезпеку для життя чи здоров'я людей.

Так само мають повністю охоплюватися наслідками у вигляді порушення нормального функціонування або неможливості експлуатації об'єктів ЖКГ і, відповідно, не потребуватимуть кваліфікації за ч. 3 ст. 270-1 КК, ті випадки, коли наслідком умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ став тривалий простій відповідних підприємств, цехів або їхніх виробничих дільниць, залишення людей без житла або засобів до існування тощо. Кваліфікація таких дій за ч. 3 ст. 270-1 КК (на відміну від ситуації, коли наслідки злочину були б позначені за допомогою звороту «тяжкі наслідки», який вимагає від правозастосувача орієнтуватися виключно на зміст суспільно небезпечного діяння) за відсутності шкоди здоров'ю особи або загибелі людини можлива лише в тих випадках, коли буде встановлено факт спричинення ними майнової шкоди в особливо великому розмірі, тобто наслідок, прямо вказаний у ч. 3 ст. 270-1 КК поряд із «загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками». Погоджуємось, до речі, з думкою Г.С. Крайника про те, що по суті тривалий простій підприємств є різновидом заподіяння матеріальної шкоди у великому розмірі [23, с. 247]. А це зайвий раз переконує в неправильності віднесення подібного роду наслідків до «інших тяжких наслідків» як ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 270-1 КК.

Акцентуємо увагу на тій обставині, що зроблений нами висновок базується виключно на логіко-граматичному тлумаченні ч. 3 ст. 270-1 КК, а тому в інших випадках поняття «інші тяжкі наслідки» може мати інакший зміст. Так, згаданий наслідок у вигляді тривалого простою підприємств, цехів або їхніх виробничих дільниць може охоплюватися поняттям «інші тяжкі наслідки», наприклад, у складах злочинів, передбачених ст. 206 КК «Протидія законній господарській діяльності» і ст. 206-2 КК «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації». Таке судження базується на тому, що особливо кваліфіковані склади обох вказаних злочинів (ч. 3 ст. 206 та ч. 3 ст. 206-2 КК, відповідно) сконструйовані таким чином, що поняття «інші тяжкі наслідки», на відміну від ч. 3 ст. 270-1 КК, виступає альтернативою наслідкам у вигляді «великої матеріальної шкоди», різновидом якої якраз і можуть визнаватися тривалий простій підприємств та інші подібні наслідки.

Хотілося б також наголосити на тому, що в будь-якому разі (незалежно від розуміння звороту «інші тяжкі наслідки») не можемо пристати на пропозицію Л.О. Мостепанюк, котра відносить до «інших тяжких наслідків» як ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 270-1 КК, шкоду у великому розмірі підприємствам, установам, організаціям чи громадянам. Свою точку зору науковець обґрунтовує посиланням на абз. 4 п. 21 постанови Пленуму ВСУ від 12 червня 2009 р. № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва». Проте не слід забувати, що, на відміну від усіх складів злочинів проти безпеки виробництва, у складі злочину, передбаченого ст. 270-1 КК, майнова шкода у великому розмірі вже і так фігурує як його конструктивна ознака (ч. 1 цієї статті КК). Тому визнавати завдання майнової шкоди у великому розмірі ще й особливо кваліфікуючою ознакою умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ вважаємо неприйнятним.

Стосовно ж тлумачення «інших тяжких наслідків» як ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 238 КК, то більшість науковців при вирішенні цього питання (особливо на сторінках науково-практичних коментарів та навчальних посібників) виходять з того, що зміст вказаного поняття є аналогічним тому, що вживається в ст. 236 КК [24, с. 100–101; 25; 26, с. 493]. Так, С.Б. Гавриш під тяжкими наслідками в цьому разі розуміє заподіяння шкоди довіллю та людині, що характеризується підвищеною небезпекою для всього живого, руйнуванням чи істотним ушкодженням значних природних територій (водойм, заповідних урочищ, ділянок лісу, орних земель тощо), втратою унікальних і рідкісних об'єктів природи, занесених до Червоної книги України, масовими захворюваннями людей чи їх загибеллю, масовою загибеллю чи масовими тяжкими захворюваннями диких тварин на великій території, настанням менш небезпечних наслідків, але на природних територіях, визнаних зоною екологічного лиха, тощо [27, с. 406–407].

Однак після аналізу положень ст. 236 та ч. 2 ст. 238 КК у нас виникло питання: якщо законодавець в обох вказаних випадках мав намір залишити тлумачення поняття «інші тяжкі наслідки» повністю на розсуд правозастосувача, обмежуючи його площиною об'єктів посягань, то чому тоді в ст. 236 КК він позначає суспільно небезпечні наслідки за допомогою формулювання «якщо це спричинило загибель людей, екологічне забруднення значних територій або інші тяжкі наслідки», а в ч. 2 ст. 238 КК використовує зовсім інший прийом, описуючи кваліфікуючі ознаки розглядуваного злочину за допомогою конструкції «... вчинені повторно або в місцевості, оголошеній зоною надзвичайної екологічної ситуації, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки». На це питання ми можемо дати лише одну логічну відповідь: у першому випадку законодавець дає чітко зрозуміти, що при кримінально-правовій кваліфікації поняття «інші тяжкі наслідки» має розцінюватися як таке, що має відносно самостійний характер та однаковою мірою «прив'язане» до двох

попередніх видів наслідків; у другому ж випадку, фактично «відрізвавши» поняття «інші тяжкі наслідки» від усіх інших наслідків злочину та «прив'язавши» його до «загибелі людей», законодавець зобов'язує тлумачити його зміст через призму саме поняття «загибель людей». З огляду на викладені аргументи, а також враховуючи конституційне положення про те, що усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь, робимо висновок про те, що дії особи можна кваліфікувати за ч. 2 ст. 238 КК (як і у всіх подібних випадках) як такі, що спричинили «інші тяжкі наслідки», лише в тому випадку, коли вони призведуть до заподіяння певної шкоди здоров'ю людини.

Слід також зазначити, що, крім об'єктивних труднощів, притаманних тлумаченню будь-якого оціночного поняття, уніфіковане трактування звороту «інші тяжкі наслідки» значно ускладнюється і через відсутність фактично будь-якої послідовності та системності при його використанні законодавцем у різних кримінально-правових нормах, у т. ч. передбачених одним розділом Особливої частини КК. Показовими в цьому аспекті можуть бути такі приклади.

У ст. 194 КК «Умисне знищення або пошкодження майна», до речі, як і в деяких інших статтях Особливої частини КК, присвячених умисному знищенню або пошкодженню майна (ст. 347 «Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу», ст. 352 «Умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок», ст. 378 «Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного», ст. 411 «Умисне знищення або пошкодження військового майна»), у кваліфікованому складі злочину наслідки у вигляді «загибелі людей чи інших тяжких наслідків» прирівнюються до умисного знищення або пошкодження майна, вчиненого шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом.

До речі, в ч. 2 ст. 411 КК йдеться лише про «підпал або інший загальнонебезпечний спосіб», а от «вибух» як спосіб вчинення розглядуваного злочину не фігурує. Логіка законодавця в цьому випадку є не зовсім зрозумілою, адже очевидним є той факт, що «вибух» як спосіб вчинення умисного знищення або пошкодження військового майна, враховуючи специфіку розглядуваної кримінально-правової заборони, зонайменше такою же мірою «заслугує» на визнання його кваліфікуючою ознакою відповідного складу злочину, як і в статтях 194, 347, 352, 378 КК.

У статтях 194-1 і 270-1 КК («Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики» та «Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства», відповідно) «загальнонебезпечний спосіб» визнається кваліфікуючою ознакою злочину, а «загибель людей або інші тяжкі наслідки» – особливою кваліфікуючою ознакою. «Завдяки» подібному законодавчому конструюванню ми отримали таку ситуацію: при тлумаченні поняття «інші тяжкі наслідки» в ст. 194 КК правозастосувач має орієнтуватися, крім «прив'язки» до «загибелі людей», і на те, що суспільна небезпека цих наслідків має бути співмірною з умисним знищенням або пошкодженням майна, вчиненим загальнонебезпечним способом. А при тлумаченні звороту «інші тяжкі наслідки» як ознаки складу злочину, передбаченого наступною за порядковим номером ст. 194-1 КК, яка є спеціальною відносно ст. 194 КК (як і ст. 270-1 КК), правозастосувач, враховуючи той факт, що санкцією ч. 3 розглядуваної норми передбачено покарання, суттєво суворіше, ніж передбачене ч. 2 (позбавлення волі від восьми до п'ятнадцяти років та позбавлення волі від трьох до десяти років, відповідно), має виходити з того, що рівень суспільної небезпеки таких наслідків є набагато вищим, ніж в умисного пошкодження об'єктів електроенергетики, вчиненого загальнонебезпечним способом.

Крім цього, обраний вітчизняним законодавцем спосіб конструювання кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 194 та ч. 3 ст. 194-1 КК, породжує ще одне актуальне (як з практичної, так і з теоретичної точки зору) питання, за змістом багато в чому подібне до того, яке ми вирішували при тлумаченні поняття «інші тяжкі наслідки» у ст. 236 і ч. 2 ст. 238 КК. Йдеться про те, чи включають у себе «інші тяжкі наслідки» як ознака складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 194-1 КК, настання в результаті умисного пошкодження об'єктів електроенергетики майнової шкоди в особливо великому розмірі.

У кримінально-правовій літературі поставлене питання знову ж докладно не розглядається, оскільки автори, котрі розкривають зміст «інших тяжких наслідків» як ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 194-1 КК, зазвичай, обмежуються посиланням на поняття «інших тяжких наслідків», розкритого при аналізі ст. 194 КК [14, с. 550; 21, с. 303; 25; 27, с. 228]. Таке посилання, однак, не може допомогти відповісти на поставлене питання, адже при аналізі ст. 194 КК немає потреби з'ясовувати, чи охоплюється «іншими тяжкими наслідками» настання «майнової шкоди в особливо великому розмірі», оскільки остання фігурує в ч. 2 ст. 194 КК (поряд з «іншими тяжкими наслідками») як самостійна кваліфікуюча ознака. Видається, що поставлене питання допускає дві відповіді на нього: одну, що спирається на закони логіки, іншу – на текст кримінального закону.

Звичайно, враховуючи основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 194-1 КК, а також місцезнаходження цієї заборони в системі Особливої частини КК, логічно було б припустити, що спричинення внаслідок дій, вказаних у диспозиціях ч. 1 або ч. 2 ст. 194-1 КК, майнової шкоди в особливо великому розмірі слід розцінювати як настання «інших тяжких наслідків» із відповідною кваліфікацією вчиненого за ч. 3

ст. 194-1 КК. Водночас відсутність у ч. 3 ст. 194-1 КК будь-якої альтернативи «іншим тяжким наслідкам», крім «загибелі людей», з огляду на аргументи, наведені вище, свідчить про те, що умисне пошкодження об'єктів електроенергетики має отримувати кримінально-правову оцінку з посиланням на ч. 3 ст. 194-1 КК як таке, що спричинило інші тяжкі наслідки, лише в тому випадку, коли такі дії призведуть до смерті або іншої фізичної шкоди здоров'ю людини.

Постає, скоріше за все, риторичне питання: якщо законодавець мав намір надати правозастосувачу чіткий сигнал про те, що умисне пошкодження об'єктів електроенергетики, яке заподіяло майнову шкоду в особливо великому розмірі, має визнаватися особливо кваліфікуючою ознакою розглядуваного складу злочину, то чому він не скористався (тим більше враховуючи розташування аналізованої заборони в розділі VI Особливої частини КК) типовою для статей цього розділу конструкцією, в т. ч. використаною в ст. 194 КК, прямо вказавши на такий вид наслідків перед наслідками у вигляді «загибелі людей чи інших тяжких наслідків»?

Як же один приклад, що демонструє безсистемність законодавчих підходів, яка ще більше ускладнює з'ясування змісту поняття «інші тяжкі наслідки», можна навести ситуацію конструювання кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак однорідних злочинів, передбачених ст. 265 і ст. 267 КК. Так, у ч. 3 ст. 265 КК особливо кваліфікуючими ознаками незаконного поводження з радіоактивними матеріалами законодавець визнав вчинення таких дій повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони спричинили загибель людей, майнову шкоду у великому розмірі, значне забруднення довкілля чи інші тяжкі наслідки. Подібне конструювання загалом слід визнати вдалим, адже: з одного боку, воно максимально враховує особливості розглядуваної кримінально-правової норми (зокрема, той факт, що внаслідок вчинення передбачених у ній дій можливим є настання різного роду наслідків – як загибелі людей, так і майнової шкоди чи забруднення довкілля); з іншого, знову ж враховуючи багатооб'єктність злочину, дозволяє тлумачити як «інші тяжкі наслідки» і інші, не передбачені ч. 3 ст. 265 КК наслідки, які за характером та рівнем суспільної небезпеки можна порівняти із «загибеллю людей», «майновою шкодою в особливо великому розмірі» або «значним забрудненням довкілля». Такої ж точки зору дотримується В.В. Локтіонова [28, с. 165].

Щоправда, слід звернути увагу на той факт, що в одній частині ст. 265 КК передбачено відповідальність і за незаконне поводження з радіоактивними матеріалами, вчинене повторно або за попередньою змовою групою осіб, і за такі ж самі дії, якщо вони спричинили загибель людей. Правильність такого законодавчого рішення виглядає сумнівною, адже очевидним є той факт, що незаконне поводження з радіоактивними матеріалами, яке спричинило наслідки у вигляді «загибелі людей», є істотно небезпечнішим за аналогічні дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб.

Конструюючи ж кваліфікуючі ознаки в ст. 267 КК – кримінально-правовій забороні, багато в чому подібній до ст. 265 КК, законодавець чомусь обмежився вказівкою лише на «загибель людей або інші тяжкі наслідки». При цьому є підстави вважати, що, наприклад, незаконне пересилання радіоактивних матеріалів, як і порушення правил поводження з ними, здатне спричинити, зокрема, значне забруднення довкілля, тим самим значно підвищуючи ступінь суспільної небезпеки такого діяння. Але, на відміну від ст. 265 КК, конструювання якої дозволяє кваліфікацію в подібних випадках за ч. 3, відповідно до ст. 267 КК такі дії мають отримувати кримінально-правову оцінку з посиланням на ч. 1 цієї статті, оскільки поняття «інші тяжкі наслідки» як ознака складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 267 КК, з огляду на особливості законодавчого формулювання останньої (вказівку в ній на єдину альтернативу «іншим тяжким наслідкам» у вигляді «загибелі людей»), має тлумачитись лише як завдання певної фізичної шкоди здоров'ю людини.

Цікаво, що в ст. 258 КК «Терористичний акт», розташованій у тому ж розділі IX Особливої частини КК, законодавець використав ще один варіант поєднання логіко-граматичних конструкцій «інші тяжкі наслідки» та «загибель людей» (у ст. 258 КК замість поняття «загибель людей» вживається більш вдале, на наш погляд, словосполучення «загибель людини»). У вказаній статті КК настання «інших тяжких наслідків» визнається кваліфікуючою ознакою злочину (ч. 2), а от «загибель людини» – особливо кваліфікуючою (ч. 3). При цьому в ч. 2 альтернативою «іншим тяжким наслідкам» виступає «значна майнова шкода», що за умови буквального тлумачення закону унеможливує кваліфікацію за ч. 2 ст. 258 КК, наприклад, терористичного акту, що призвів до заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній особі, тілесних ушкоджень середньої тяжкості двом чи більше особам тощо.

Більш логічним, враховуючи суть зазначеного діяння, зокрема, його багатооб'єктність, було б застосування першого запропонованого нами варіанту використання логіко-граматичної конструкції «інші тяжкі наслідки», коли б у ч. 2 ст. 258 КК перелік кваліфікуючих ознак терористичного акту наводився через кому і завершувався словосполученням «або інші тяжкі наслідки». Це дало б правозастосувачу чіткий сигнал про те, що до «інших тяжких наслідків» можуть бути віднесені наслідки будь-якого характеру, подібні за ступенем суспільної небезпеки до вказаних у ч. 2 ст. 258 КК. При цьому у ч. 2 ст. 258 КК обов'язково, крім «заподіяння значної майнової шкоди», має бути вказано і ще хоча б на один різновид суспільно небезпечних наслідків терористичного акту, який би виступав альтернативою «іншим тяжким наслідкам».

За продемонстрованої ситуації, коли законодавець надає поняттю «інші тяжкі наслідки» різного значення навіть у межах одного розділу Особливої частини КК, вести мову про уніфікованість тлумачення аналізованого оціночного поняття в кримінальному законі загалом не доводиться. Інші дослідники також вимушені констатувати неможливість повної відмови від синонімії та полісемії в кримінальному законі та, як наслідок, неможливість реалізації в повному обсязі одного з основних правил законодавчої техніки «одне поняття – один термін» при описанні суспільно небезпечних наслідків [11, с. 30]. За таких обставин логічно, що науковцями пропонуються різні шляхи оптимізації використання оціночних понять взагалі і поняття «інші тяжкі наслідки» зокрема.

О.В. Кобзева звернула увагу на той факт, що в кримінально-правовій літературі виділяють два основних стратегічних напрями удосконалення використання оціночних понять: перший пов'язаний з мінімальним використанням і подальшим скороченням використання оціночних ознак; другий полягає в тактичному вирішенні проблем законодавчого оформлення оціночних понять [7, с. 197–198]. Повністю підтримуючи слова С.Д. Шапченка (вони мали б стати аксіомою для законодавця) про те, що при розробленні складів конкретних злочинів оціночні ознаки необхідно використовувати лише тоді, коли без них неможливо обійтись [5, с. 17–18], водночас вважаємо за потрібне нагадати, що, звертаючись до оціночних понять, законодавець надає кримінально-правовим нормам гнучкість, яка розширює можливості їх застосування до максимальної кількості життєвих ситуацій. Повністю відмовитись від використання оціночних понять при законодавчій фіксації суспільно небезпечних наслідків як ознаки об'єктивної сторони неможливо.

Тут доречно навести виокремлені О.В. Кобзевою основні причини використання в кримінальному законі оціночних ознак. Якщо такою об'єктивною причиною є надзвичайна багатоманітність соціально небезпечних предметів, властивостей і явищ, які потребують постійного контролю, то основною суб'єктивною причиною – створення особливого прийому законодавчої техніки, необхідного для відображення в кримінальному законі згаданої багатоманітності явищ і процесів суспільного життя. Створення ж на законодавчому рівні суворого вичерпного переліку злочинних посягань може призвести до казуїстики, коли в кожному конкретному випадку за відсутності вказівки на певну форму дій, певний вид наслідків тощо ми будемо зіштовхуватися ні з чим іншим, як з прогалиною кримінального закону [8, с. 101–103, 107]. Звичайно, на практиці простіше і зручніше користуватись законом, в якому прямо окреслюються наслідки, настання яких тягне кримінальну відповідальність; однак при конструюванні кримінально-правової норми вирішується і таке завдання, як можливість її застосування в реальних життєвих ситуаціях [29, с. 101]. Тому занадто категоричним і в цілому неприйнятним є висновок В.В. Локтіонової, зроблений нею за результатами вивчення «інших тяжких наслідків» як ознаки складів злочинів проти власності, – про повну заміну понять на кшталт «інші тяжкі наслідки» як таких, що мають занадто широкий і розпливчастий зміст, на формально-визначені поняття [28, с. 168].

Більш перспективним вважаємо другий із названих вище напрямів подальшого використання оціночних понять у кримінальному праві, заснований на оптимальному поєднанні оціночних і формально-визначених понять. Проектуючи зроблений висновок на проблематику оптимізації використання у вітчизняному КК поняття «інші тяжкі наслідки», висловимо припущення про те, що, незважаючи на з'ясовану відсутність можливості його уніфікованого тлумачення в межах усього кримінального закону, це поняття, з огляду на широкий спектр виконуваних ним функцій, і надалі має використовуватись в КК, але за певних обставин як передумови ефективного застосування кримінального закону, а саме – належного законодавчого закріплення і дотримання принципів формування і тлумачення кримінально-правових норм, що містять оціночні ознаки [8, с. 123–188].

На нашу думку, ефективність кримінального закону, в якому використовується логіко-граматична конструкція «інші тяжкі наслідки», могла б бути значно вищою за умови дотримання таких, тісно пов'язаних між собою вимог щодо її законодавчого закріплення.

По-перше, законодавець має уникати розповсюдження у чинному КК випадків, коли альтернативою «іншим тяжким наслідкам» виступає лише один з інших видів суспільно небезпечних наслідків. На сторінках юридичної літератури неодноразово зазначалось, що замість цього законодавець має рухатись шляхом максимальної конкретизації «інших тяжких наслідків», яка повинна досягатися передусім шляхом більш детального переліку явищ, що підпадають під поняття тяжких наслідків, і які можна виявити шляхом врахування практики застосування відповідних кримінально-правових норм [7, с. 229; 30, с. 43; 31, с. 43].

Вельми показовою в цьому сенсі є наукова дискусія з приводу змісту «інших наслідків», альтернативно вказаних поряд із «поширенням епізоотії» в диспозиції ст. 251 КК «Порушення ветеринарних правил». Традиційно в юридичній літературі «іншими тяжкими наслідками» з погляду кваліфікації за ст. 251 КК визнаються, зокрема, масове отруєння людей або тяжке захворювання на відповідну хворобу хоча б однієї людини, масове захворювання або падіж худоби за відсутності ознак епізоотії, великі матеріальні збитки, пов'язані із запровадженням карантинних заходів, зниженням якості або втратою продукції і сировини тваринного походження, масова загибель дичини, бджіл або риби [18, с. 548].

Із наведеним тлумаченням поняття інших тяжких наслідків не погоджується Л.П. Брич, переконана в тому, що цим поняттям охоплюється лише шкода довіллю, яка стосується тваринного світу [32, с. 469]. Якщо керуватись

розкритим вище принципом *Ejusdem generis*, то точку, яку критикує Л.П. Брич, вочевидь, є підстави визнати поширювальним тлумаченням кримінального закону. Разом з тим зрозуміло, що це тлумачення є вимушеним і до того ж таким, що враховує призначення кримінально-правової заборони, присвяченої порушенню ветеринарних правил, суспільну небезпеку цього злочину і належність до основних завдань ветеринарної медицини захисту як тварин, так населення від збудників і хвороб тварин. Не викликає сумнівів необхідність законодавчого уточнення (щонайменше розширення переліку) суспільно небезпечних наслідків злочинного порушення ветеринарних правил.

Особливо актуальним є дотримання виділеного нами першого правила для тих ситуацій, коли «інші тяжкі наслідки» виступають альтернативою наслідкам у вигляді «загибелі людей». Як було доведено вище, за таких умов поняття «інші тяжкі наслідки» може трактуватися виключно як певний різновид фізичної шкоди здоров'ю людини. Це, своєю чергою, переконує нас у недоцільності використання в таких випадках конструкції «інші тяжкі наслідки», замість вживання якої законодавець як альтернативу «загибелі людей» має вказувати на ту шкоду здоров'ю людини, яку можна визначити за допомогою чітких формалізованих критеріїв.

Такий же висновок робить Л.П. Брич, котра вказує, що для позначення наслідків, які полягають у фізичній шкоді людині, потрібно відмовитись від використання таких багатозначних понять, як «шкода здоров'ю людини», «тяжкі наслідки» та «інші тяжкі наслідки»; їх зміст потрібно визначити по-іншому щодо кожного складу злочину, враховуючи зміст і структуру безпосереднього об'єкта злочину. Авторка переконана у необхідності позначати суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини за допомогою вказівки на конкретний вид, розмір шкоди, кількість потерпілих та форму вини. Реалізація такого кроку дозволить усунути необхідність надавати одному і тому ж терміну різного значення щодо ознаки, яка займає одне і те саме місце в системі ознак складу злочину щодо різних статей Особливої частини, в т. ч. передбачених одним розділом Особливої частини КК. Тим більше, що такий підхід уже апробований у КК, зокрема, в ст. 286, ч. 2 ст. 314 КК [9, с. 233; 10, с. 16].

Слід погодитись і зі слушною думкою О.В. Кобзевої про те, що в тих випадках, коли законодавець вирішить за потрібне використовувати оціночні ознаки, які позначені однаковими словами, але мають різний зміст, він повинен в обов'язковому порядку розтлумачити зміст, що вкладається в кожну з цих ознак [7, с. 235].

З огляду на сказане, наша друга рекомендація полягає в тому, що, враховуючи неможливість однакового тлумачення поняття «інші тяжкі наслідки» при використанні його в різних розділах Особливої частини КК, законодавець, конструючи конкретну статтю кримінального закону, має в кожному випадку індивідуально підходити до визначення тих наслідків, які виступають альтернативою «іншим тяжким наслідкам». Адже саме ці наслідки, на які має вказувати законодавець, з урахуванням місцезнаходження в системі Особливої частини КК і мети прийняття конкретної кримінально-правової заборони повинні бути для правозастосувача орієнтиром, який визначатиме зміст вживаного поряд із ними термінологічного звороту «інші тяжкі наслідки».

Тут доречно нагадати, що в кримінально-правовій літературі пропонуються різноманітні способи конкретизації оціночних понять: створення спеціального розділу або статті, в яких б розкривався зміст оціночних понять; створення термінологічного словника КК тощо. Перспективним способом конкретизації змісту поняття «інші тяжкі наслідки» також може бути спосіб, висунутий О.В. Кобзевою. Йдеться про створення на початку кожного розділу (глави) Особливої частини статті, в якій би роз'яснювався зміст тих оціночних ознак, які, будучи однаковими за словесним вираженням, використовуються в системі кримінального закону в різноманітних значеннях [7, с. 233]. Фактично про те саме веде мову О.М. Миколенко, пропонуючи: 1) у кожному розділі Особливої частини КК передбачити самостійну статтю, яка б містила законодавче визначення всіх оціночних понять, що використовуються у цьому розділі; 2) наповнити ці оціночні поняття самостійним змістом, який впливає з особливостей об'єкта посягання; 3) виділити оціночні поняття, які розуміються за змістом однаково, незалежно від того, в якому розділі Особливої частини КК вони закріплені [33, с. 141–155]. На жаль, про виконання нашої другої рекомендації у чинному КК вести мову не доводиться. Так, законодавча конструкція «загибель людей чи інші тяжкі наслідки» паралельно використовується для позначення суспільно небезпечних наслідків у розділі VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля» (наприклад, ст. 237 КК), у розділі IX Особливої частини «Злочини проти громадської безпеки» (наприклад, статті 264, 267, 269 КК) і розділі X Особливої частини «Злочини безпеки виробництва (статті 271–275 КК).

При цьому Пленум ВСУ в кожному з перелічених вище випадків по-різному розкриває зміст поняття «інші тяжкі наслідки»:

– у злочинах проти довкілля – це: загибель чи масове захворювання людей; істотне погіршення екологічної обстановки в тому чи іншому регіоні (місцевості); зникнення, масові загибель чи тяжкі захворювання об'єктів тваринного і рослинного світу; неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси в певному регіоні; генетичне перетворення тих чи інших природних об'єктів; заподіяння матеріальної шкоди в особливо великих розмірах (абз. 2 п. 5 постанови від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»).

До речі, неприпустимим слід вважати той факт, що ВСУ не диференціює поняття «тяжкі наслідки» та «особливо тяжкі наслідки» [9, с. 231; 10, с. 23–24]. Цим самим ВСУ спонукає правозастосувача до хибного висновку про

те, що ці поняття є тотожними, хоча, як це було доведено вище, «інші тяжкі наслідки», на відміну від «тяжких наслідків», є «залежним» від тих наслідків, альтернативою яким вони виступають;

– у злочинах проти громадської безпеки – це заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній особі, середньої тяжкості двом особам і більше, а також великої матеріальної шкоди будь-якій юридичній чи фізичній особі (абз. 3 п. 27 постанови від 26 квітня 2002 р. № 3 «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами»);

– у злочинах проти безпеки виробництва – це заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині, середньої тяжкості тілесних ушкоджень двом і більше особам, шкоди у великих розмірах підприємству, установі, організації чи громадянам, а так само тривалий простій підприємств, цехів або їх виробничих діляниць (абз. 4 п. 21 постанови від 12 червня 2009 р. № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва»).

Позиція ВСУ для нас є цілком зрозумілою: у кожному випадку він намагався тлумачити поняття «інші тяжкі наслідки» з урахуванням об'єкта того чи іншого злочину та мети прийняття певних кримінально-правових заборон. Але таке тлумачення можна було б визнати таким, що спирається на «букву закону», лише тоді, коли б у конкретних статтях Особливої частини КК поряд з «іншими тяжкими наслідками» вказувалися, крім «загибелі людей», і інші наслідки, які б відображали специфіку цього злочину, і давали б ВСУ підстави для диференційованого розуміння поняття «інші тяжкі наслідки», використаного в різних розділах Особливої частини КК. Запропоноване ж ВСУ тлумачення поняття «інші тяжкі наслідки» відносно окреслених нами статей, де таких «специфічних» наслідків не вказано, слід визнавати відступом від однієї з основних вимог при інтерпретації закону – максимально обережного тлумачення закону, що супроводжується максимальною обережністю інтерпретації тих оціночних ознак, за допомогою яких у кримінальному законі реалізується криміналізація і декриміналізація діянь [7, с. 244]. У підсумку це призводить до розширення з боку ВСУ обсягів криміналізації розглядуваних діянь при тому, що це прерогативою, яка, як відомо, знаходиться у виключній компетенції Верховної Ради України. Можемо констатувати, що недотримання законодавцем аналізованого правила призвело до грубого порушення одного з основних принципів законодавчого використання оціночних ознак, який О.В. Кобзєва влучно називає принципом недопущення інтерпретаційного впливу оціночних ознак на результати проведеної з їх використанням криміналізації [8, с. 138].

По-третє, законодавець повинен уникати продемонстрованих раніше ситуацій, коли при конструюванні однорідних складів злочинів (ст. 236 та ч. 2 ст. 238, ч. 3 ст. 265 та ч. 2 ст. 267 КК тощо) поняття «інші тяжкі наслідки» закріплюється в тексті кримінального закону за допомогою використання різних за змістом логіко-граматичних (у т. ч. синтаксичних) конструкцій. Реалізація цього правила (за умови визнання факту неможливості надання поняттю «інші тяжкі наслідки» однакового значення при використанні його в різних розділах Особливої частини КК) має створити максимально зручне підґрунтя для уніфікованого тлумачення розглядуваного термінологічного звороту хоча б у межах окремих розділів Особливої частини КК.

Узагальнюючи викладене, маємо зазначити чітке усвідомлення тієї обставини, що вирішення проблеми використання в кримінальному законі оціночних понять загалом і логіко-граматичної конструкції «інші тяжкі наслідки» зокрема, з огляду на складність та багатогранність цієї проблеми, неможливе в межах однієї наукової статті. Та все ж переконані в тому, що врахування при конструюванні кримінально-правових норм запропонованих вище шляхів оптимізації законодавчого закріплення поняття «інші тяжкі наслідки» сприятиме створенню системи чітких орієнтирів, на які зможе опиратися правозастосувач при тлумаченні поняття «інші тяжкі наслідки». А це (в поєднанні із дотриманням викладених правил тлумачення досліджуваного оціночного поняття) сприятиме підвищенню ефективності дії кримінального закону.

1. Хилук С. В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Хилук Світлана Володимирівна. – Львів, 2007. – 304 с.
2. Ковалев М. И. Общественно опасные последствия и диспозиция уголовного закона / М. И. Ковалев // Советское государство и право. – 1990. – № 10. – С. 38–43.
3. Кругликов Л. Тяжкие последствия в уголовном праве : объективные и субъективные признаки / Л. Кругликов // Уголовное право. – 2010. – № 5. – С. 38–46.
4. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М. І. Хавронюк. – К. : Істина, 2004. – 504 с.
5. Шапченко С. Д. Оценочные признаки в составах конкретных преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / С. Д. Шапченко. – К., 1988. – 24 с.

6. Питецкий В. В. Оценочные признаки уголовного закона (сущность, функции, перспективы использования в законодательстве) : учеб. пособие / В. В. Питецкий. – Красноярск, 1993. – 87 с.
7. Кобзева Е. В. Оценочные признаки в уголовном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Кобзева Елена Васильевна. – Саратов, 2002. – 304 с.
8. Кобзева Е. В. Оценочные признаки в уголовном законе / Под ред. Н. А. Лопашенко / Е. В. Кобзева. – Саратов : Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. – 228 с.
9. Брич Л. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини : зміст спільних ознак / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – Вип. 48. – С. 225–240.
10. Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини / Л. П. Брич. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 59 с.
11. Кузнецова Н. Ф. Общественно опасные последствия: лингвистический аспект / Н. Ф. Кузнецова, М.Б. Кострова // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. – 2001. – № 6. – С. 23–36.
12. Кострова М. Б. О «языковом» толковании уголовного закона / М. Б. Кострова // Правоведение. – 2002. – № 3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа до сайту: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=180818>.
13. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
14. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те видання, переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
15. Максимович р. Л. Тяжкі наслідки як наскрізне кримінально-правове поняття / р. Л. Максимович // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 294–296.
16. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. – Луганськ : видавництво «Елтон – 2», 2012. – 704 с.
17. Тростюк З. А. До проблеми негативного прояву латентності тексту Кримінального кодексу України / З. А. Тростюк // Кримінальний кодекс України 2001 р. : проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві. Міжнародний симпозіум, 12–13 вересня 2008 р. Тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. – Львів, 2008. – С. 165–172.
18. Злочини проти довкілля : кримінально-правова характеристика : практичний посібник / О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, В. М. Комарницький, М. В. Комарницький, Р. О. Мовчан / за ред. О. О. Дудорова. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 с.
19. Антонюк Н. О. Кримінально-правова охорона власності : навч. посібник / Н. О. Антонюк. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
20. Антипов В. В. Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства / В. В. Антипов // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 1. – С. 407–416.
21. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / За ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – К. : Істина, 2010. – 430 с.
22. Мостепанюк Л. Об'єктивні ознаки злочину, передбаченого ст. 270-1 Кримінального кодексу України / Л. Мостепанюк // Публічне право. – 2011. – № 4. – С. 152–159.
23. Крайник Г. Щодо змісту понять «загибель людей» та «інші тяжкі наслідки» як обтяжуючих обставин, зазначених у ч. 2 ст. 272 КК / Г. Крайник // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 2. – С. 241–249.
24. Матвійчук В. К. Інші тяжкі наслідки в злочинах проти довкілля / В. К. Матвійчук // Юридична наука. – 2011. – № 6. – С. 96 – 104.
25. Мультимедійний навчальний посібник «Кримінальне право. Особлива частина» / Савченко А. В., Кісілюк Е. М., Процюк О. В., Вартилицька І. А., Микитчик О. В., Кришевич О. В., Кузнецов В. В., Смаглюк О. В., Копотун І. М., Вільхова Л. Є. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/books/mnp_krum_pravo_osob/Files/Lekc/T10/T10_P5.html.
26. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.

27. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.
28. Локтіонова В. В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження) : монографія / В. В. Локтіонова. – Кременчук : Видавець «ПП Щербатих О.В.», 2011. – 256 с.
29. Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений) / В. К. Глистин. – Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1979. – 127 с.
30. Совершенствование мер борьбы с преступностью в условиях научно-технической революции / Горелик И. С., Дагель П. С., Дубовик О. Л., Жалинский А. Э., и др. ; отв. ред. : Кудрявцев В. Н. – М. : Наука, 1980. – 296 с.
31. Кострова М. Б. Эффективность уголовно-правовых норм и языка закона / М. Б. Кострова // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 41–44.
32. Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів : монографія / Л. П. Брич. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.
33. Миколенко О. М. Теоретичні основи дослідження шкоди, заподіяної злочином : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Миколенко Олена Миколаївна. – Одеса, 2005. – 219 с.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АМЕРИКАНСЬКИХ КОРПОРАЦІЙ ЗА ЕКОНОМІЧНІ ЗЛОЧИНИ: ВІД ВИТОКІВ ДО СЬОГОДЕННЯ¹

У статті, присвяченій переосмисленню засад кримінальної відповідальності корпорацій в США, американський дослідник Л. Дерван зазначає, що така відповідальність натикається на чимало питань, проблем і помилок, адже правові норми, з самого початку розроблені для застосування до фізичних осіб, тепер повинні охоплювати і юридичні фікції. Кримінальні закони, тим не менш, можуть і повинні застосовуватись до корпорацій для забезпечення їх відповідальності перед суспільством, адже компанії дедалі збільшуються, нарощують свої капітали і рівень впливу на різноманітні процеси в країні. Водночас корпорації – це всього лише об'єднання людей переважно з метою отримання доходів, а тому слід пам'ятати не лише про винуватих індивідуумів, які уособлюють протиправну поведінку компаній, а і всіх тих невинуватих працівників та акціонерів, які можуть серйозно постраждати у випадку реалізації кримінальної відповідальності корпорації. Тому в кримінальних справах проти компаній повинен дотримуватись такий же рівень справедливості, виваженості та об'єктивності, що і при кримінальному переслідуванні фізичних осіб – представників компаній [1, с. 17].

Стосовно України, то, як відомо, з 1 вересня 2014 р. набрав чинності Закон від 23 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України щодо відповідальності юридичних осіб», на підставі якого Загальну частину КК України було доповнено розділом XIV-1 «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Оцінюючи вказану законодавчу новелу, М. Хавронюк пише, що питання про кримінальну відповідальність юридичних осіб, хоча вже і вирішене в Україні на практиці у формі їх так званої квазікримінальної або обмеженої кримінальної відповідальності, все ще залишається дискусійним в теорії кримінального права [2, с. 388]. Видається, однак, що має рацію Н. Орловська, на переконання якої в КК України знайшла втілення така модель кримінально-правового впливу на юридичну особу, у межах якої суб'єктом злочину і кримінальної відповідальності продовжує визнаватись лише фізична особа, а до юридичної особи застосовуються заходи кримінально-правового характеру, що не є формою реалізації кримінальної відповідальності. Взагалі значення кримінальної відповідальності в сучасному кримінальному праві не варто перебільшувати, зокрема, ототожнюючи її з кримінально-правовим впливом [3, с. 125–130]. Ми також виходимо з того, що: згідно з чинним КК України прояви кримінально-правового реагування на вчинення злочинів та інших суспільно небезпечних посягань, передбачених цим Кодексом, кримінальною відповідальністю не вичерпуються; заходи кримінально-правового впливу можуть застосовуватися як у межах реалізації кримінальної відповідальності, так і поза нею (як це і має місце, зокрема, при застосуванні заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб).

Не дивно, що чергова спроба фрагментарного вирішення фундаментальної проблеми відповідальності організацій за порушення кримінально-правових заборон, яку уособлює Закон України від 23 травня 2013 р., зазнаватиме і вже зазнає серйозної критики з боку багатьох науковців. Так, С. Лихова пише, що питання про юридичних осіб як суб'єктів кримінальної відповідальності не відрізняється особливою новизною, але воно настільки не «вписується» в доктрину кримінального права, що сьогодні складно повірити в те, що теорія стала реальністю. Констатується спроба запровадження в Україні квазівідповідальності змішаного (кримінально-адміністративного) типу, яка є прямим відходом від основоположних принципів існуючої доктрини кримінального права. Невідомо і те, зазначає С. Лихова, яким чином юридичні особи «вписуватимуться» у вчення про суб'єкт злочину, вину, співучасть, принципи призначення покарання, деякі інші інститути Загальної частини кримінального права [4, с. 128, 131].

Традиційним у вітчизняній юридичній літературі є положення про те, що ідея посилення відповідальності юридичних осіб за вчинені правопорушення повинна втілюватись у межах цивільного, податкового, фінансового, трудового та інших (відмінних від кримінального) галузей права із застосуванням до організацій санкцій майнового та організаційного характеру. Так, у рекомендаціях V Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законодавстві та правозастосовній діяльності» (8–9 жовтня 2015 р.) вказується на недоцільність застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, оскільки чинне законодавство (фінансове, адміністративне, господарське, цивільне) наразі містить достатньо заходів примусу щодо юридичних осіб у випадках порушення ними законодавства; отже, кримінально-правове регулювання в цьому разі непотрібне.

Питання відповідальності юридичних осіб (а точніше організацій) за порушення кримінально-правових заборон та оптимальної моделі такої відповідальності належать до числа надзвичайно спірних. Українські науковці розділились на супротивників і прихильників ідеї кримінальної відповідальності організацій. Ця завідомо

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 2. – С. 103–145.

контраверсійна проблема досліджувалась у численних наукових працях, включаючи монографічні [5; 6; 7]. У вітчизняній юридичній літературі можна відшукати чимало цікавих робіт різних формату, глибини і рівня переконливості аргументації, присвячених вказаній концептуальній проблемі. Метою ж пропонованої статті є висвітлення історії появи, доктринального обґрунтування і судового тлумачення концепції кримінальної відповідальності корпорацій у США (ця країна справедливо вважається світовим лідером із питання фундаментальності наукового і законодавчого опрацювання інституту кримінальної відповідальності організацій), а також з'ясування особливостей кримінальної відповідальності американських корпорацій за економічні злочини – задля отримання знань, які можуть стати в нагоді при вдосконаленні вітчизняної моделі кримінально-правового впливу на протиправну поведінку юридичної особи.

Передусім зазначимо, що кримінальна відповідальність корпорацій (у нашому дослідженні терміни «корпорація» та «компанія» використовуватимуться як синоніми) існувала в США, як, до речі, і в Англії, не завжди – вона є результатом тривалого розвитку не лише нормативного матеріалу, а і правосвідомості суддів і науковців. Більше того: тривалий час англо-американська доктрина і правозастосовна практика відкидали можливість кримінального переслідування компаній на тих же підставах, на яких сьогодні ґрунтується відповідна позиція багатьох вітчизняних дослідників. Це – відсутність персоніфікованої фізичної форми (інакше кажучи, відсутність «тіла») і пов'язана з цим відсутність внутрішньої психічної оцінки навколишньої реальності (відсутність вини).

Йдеться, зокрема, про те, що особистого характеру злочинне діяння юридичної особи позбавлене, оскільки кримінально-правову заборону порушують фізичні особи, які є *alter ego* («другим я») юридичної особи та які підлягають кримінальній відповідальності за вчинене злочинне діяння як самостійні суб'єкти злочину. На думку Г. Яремко, юридична особа не є суб'єктом злочину, у т. ч. через те, що: в неї немає психічного ставлення до вчиненого (суб'єктивна сторона); не вона сама, а уповноважена особа від її імені чи в її інтересах вчиняє злочин, а тому говорити про діяння юридичної особи і, тим паче про наявність у ньому складу злочину, не доводиться [8, с. 93]. Так само розмірковує П.П. Андрушко, який зазначає, що з позиції доктрини кримінального права юридична особа сама по собі не може вчинити будь-які дії, у т. ч. такі, які можуть містити склад злочину чи розцінюватись як участь у якихось злочинах. Конкретні злочини можуть бути вчинені лише конкретними фізичними особами – її працівниками (персоналом), зокрема її службовими особами (керівниками) чи уповноваженими особами юридичної особи, які не мають трудових відносин з юридичною особою [9, с. 111, 114–115].

Правники почали замислюватись над питаннями кримінальної відповідальності корпорацій уже на початку VIII ст. Одне з найбільш красномовних висловлювань з цієї багатовікової проблеми належить перу англійського барона та лорд-канцлера Е. Турлоу, який поставив таке питання: чи можна вимагати від корпорації мати свідомість, якщо в неї нема ані душі, щоб прокляти, ані тіла, щоб вдарити? [10, с. 259]. В одній з кримінальних справ, розглянутих ще в 1701 р., лорд Холт зазначив, що корпорацію не можна обвинувачувати в злочині, однак окремих її представників – можна [11]. Протягом наступного століття коментатори посилялись переважно на це рішення, не допускаючи як таку можливість обґрунтування кримінальної відповідальності компаній.

До моменту кардинального перегляду підходів щодо суті і протиправної поведінки корпорацій у кримінально-правовому сенсі (а цей перегляд стався на межі XIX–XX століть) суди і науковці не визнавали юридичних осіб суб'єктами злочинів через наявність чотирьох основних перешкод: 1) корпорація, на відміну від фізичної особи, є штучно створеною юридичною фікцією; 2) корпорації не мають ознаки винності, необхідної для встановлення факту злочину; 3) усталеність доктрини *ultra vires* (від лат. – поза межами повноважень), яка не дозволяла судам притягувати корпорації до відповідальності (у т. ч. кримінальної) за діяння, не передбачені їх установчими документами (хартіями); 4) буквальне розуміння судами кримінально-процесуальних вимог, зокрема в частині необхідності фізичного представлення обвинуваченого (засудженого) перед судом.

Цікаво, що і в Англії, і в США перші спроби застосувати досліджуваний різновид кримінальної відповідальності стосувались квазікорпоративних утворень на кшталт муніципалітетів і муніципальних служб, які допускали громадські порушення (сучасною мовою – вчиняли адміністративні правопорушення у громадській сфері). Так, у 1934 р. американське місто Албані було обвинувачено в тому, що воно в особі компетентних міських служб не здійснило очистку басейну річки Гудзон від сміття і нечистот [12]. В англійському праві, на яке зазначене рішення частково спиралось, громадські порушення стосувались усіх випадків порушення добробуту підданих короля або невиконання певних дій чи робіт, яких вимагає суспільний добробут [13, с. 396].

У першій половині XX ст. суди почали поширювати кримінальну відповідальність за порушення громадського добробуту на комерційні корпорації. Обґрунтування такого кроку не суперечило ключовим аргументам щодо фіктивної природи корпорації і відсутності в неї винної самосвідомості, адже, по-перше, саме корпорація була зобов'язана за законом виконувати певні бажані для суспільства дії і, по-друге, питання про перенесення вини агента корпорації на його роботодавця не виникало, оскільки, знову ж, суб'єктом публічного правопорушення визнавалась корпорація. При цьому корпоративне правопорушення позначалось особливою групою норм статутного права *per se* (без вказівки на наявність вини). Середина XIX ст. ознаменувалась

в Англії та США подальшим розширенням меж кримінальної відповідальності корпорацій: відтепер компанії могли визнаватись суб'єктами будь-яких злочинів, які набували вигляду неумисних порушень у формі як дії, так і бездіяльності. Услід за англійськими прецедентами американські суди в обґрунтування запровадження нового підходу в частині визнання корпорацій винуватими за злочинні діяння зазначали, що таке розширення є виправданим, відображає економічні реалії сучасності та спирається на змістовне, а не формальне співвідношення між дією та бездіяльністю [14].

Цікаво, що відповідно до первинних, змістовно нескладних положень загального права, існуючого в США на початку розвитку державності, корпорації не підлягали кримінальній відповідальності. Вважалося, що в корпорації немає свідомості, через що їй не властивий кримінальний намір, обов'язковий на той час для всіх злочинів. У неї немає тіла, а отже, її не можна позбавити волі [15, с. 257]. Перші випадки притягнення корпорацій до кримінальної відповідальності в США пов'язують із порушеннями регулятивного законодавства – з невиконанням покладених на компанії вимог. Оскільки такі порушення були уособленням злочинів так званої суворої відповідальності та як покарання передбачали лише штраф, корпорація як суб'єкт кримінальної відповідальності «підпадала» під тогочасні уявлення про підстави такої відповідальності, а також про суб'єктний склад злочинів [16, с. 394].

Принагідно зауважимо, що інститут суворої (абсолютної) відповідальності (англ. – *strict liability*), будучи особливістю англо-американської правової системи, фактично означає об'єктивне інкримінування, тобто відповідальність за порушення кримінально-правової норми без вини. Запровадженням кримінальної відповідальності юридичних осіб система загального права значною мірою завдячує цьому інституту. Г.О. Єсаков, досліджуючи окремі положення теорії вини в кримінальному праві США, зауважує, що § 2.05 Модельного кримінального кодексу США (далі – МКК США) містить виключення з теорії винності, які, власне кажучи, і є втіленням інституту суворої відповідальності [17, с. 299, 397]. Науковець розглядає нормативне закріплення вказаного інституту як цілком практично-орієнтований крок, оскільки його існування дозволяє криміналізувати ті види протиправних посягань, що об'єктивно є суспільно небезпечними і в яких водночас неможливо або занадто проблематично встановити елемент вини. Додамо, що ця прагматична концепція застосовується під час кримінального переслідування корпорацій за порушення вимог, передбачених переважно нормами регулятивного законодавства, коли корпорації здійснюють діяльність, яка є об'єктивно шкідливою для суспільства, а тому забороненою відповідними приписами.

Окреслені вище тенденції розвитку кримінальної відповідальності корпорацій у США дозволяють припустити, що питання обґрунтування можливості визнання корпорацій винуватими у вчиненні умисних злочинів було лише питанням часу. Нарешті, в справі «*New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States*» (1909 р.) Верховний Суд США (далі – ВС США) уперше визнав, що корпорацію може бути визнано винуватою у вчиненні навіть такого злочину, норма про відповідальність за який передбачає умисну форму вини. У цій справі фігурував так званий Закон Елкінса, який регулював тарифи вантажних перевезень, що стягувались залізничними компаніями з перевізників, і забороняв цим компаніям надавати знижки привілейованим перевізникам. ВС США вирішив, що за відсутності кримінальної відповідальності юридичних осіб такі законодавчі акти, як Закон Елкінса, не діятимуть, а громадськість не зможе скористатись наданими ними перевагами. Також суд зазначив, що на початку ХХ ст. більшість судових рішень та наукових коментарів відкидали можливість вчинення корпораціями злочинів, при цьому допускаючи можливість скоєння злочинів їх представниками – фізичними особами. Водночас на межі ХІХ–ХХ століть американська доктринальна правосвідомість починає більш позитивно сприймати ідею криміналізації окремих небезпечних проявів діяльності корпорацій.

Так, відомий правник ХІХ ст. Дж. Бішоп свою позицію щодо можливості притягнення корпорацій до кримінальної відповідальності обґрунтовував таким чином: оскільки корпорація діє виключно через своїх працівників (агентів), то мету, мотиви і наміри останніх можна приписати корпорації, як і діям її працівників, адже вони наповнюють змістом діяльність корпорації. Далі згаданий автор вдався до певною мірою алегоричного прикладу. Якщо, скажімо, неосяжна, неіснуюча матерія, що уособлює корпорацію, може переміщувати гори, наповнювати долини водою, прокладати тисячі миль рейок, а згодом пускати по них потяги, то вона, вочевидь, повинна мати намір це робити, а отже, може діяти як із добросовісним, так і з ганебним наміром [16]. Врешті-решт у справі «*New York Central*» ВС США постановив, що немає жодної вагомої причини, через яку організації не можуть нести відповідальність за пред'явленими їм обвинуваченнями за завідомі та умисні дії їх представників, котрі діяли у межах повноважень, наданих їм організаціями.

ВС США звернув увагу на рішення Верховного суду штату Массачусетс у справі «*Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*» (1899 р.), що стало симптоматичним для судової практики штатів. Обґрунтовуючи вирок, яким видавничу компанію було визнано винуватою у неповазі до суду через характер публікацій її журналістів, голова Верховного суду штату Массачусетс написав, що встановити намір корпорації в кримінальному провадженні не складніше, ніж у цивільному провадженні. Корпорацію, дійсно, не можна заарештувати чи посадити за ґрати за будь-якого провадження, але її можна позбавити майна, застосувавши цей захід як компенсацію за приватне «зло» чи як компенсацію за публічне «зло» [18].

Одну з перших спроб американських судів обґрунтувати кримінальну відповідальність корпорацій знаходимо і в справі «United States v. Van Schaick» (1904 р.). У цьому разі суд південного округу м. Нью-Йорк представив послідовний аналіз аргументів на користь кримінальної відповідальності корпорації (власника пароплава) та її представників – членів правління корпорації, а також капітана судна за спільне свідоме порушення правил техніки безпеки під час перевезення пасажирів, що спричинило загибель останніх [19].

Про що йшлося? На пароплаві, який виконував рейс навколо м. Нью-Йорк, сталася пожежа, під час якої не були застосовані заходи з гасіння, а також не було надано рятувальної допомоги пасажиром – переважно через несправні обладнання, засоби безпеки та рятувальні знаряддя, а так само через некомпетентність членів екіпажу судна. Спираючись на вимоги федерального законодавства про забезпечення безпеки на водному транспорті, суд зробив висновок про те, що принциповий обов'язок обладнати судно засобами безпеки та рятування покладался на корпорацію (власника судна). Водночас менеджери компанії і капітан судна зобов'язані були переконатись у тому, що необхідні обладнання та знаряддя на пароплаві є справними, а члени екіпажу пройшли спеціальну підготовку щодо ліквідації пожежі на судні та надання пасажиром необхідної допомоги під час евакуації з судна.

Розглянуті вище рішення судів у частині обґрунтування кримінальної відповідальності корпорацій, як і перші наукові коментарі з цієї проблеми, спирались на усталену в американському зобов'язальному праві концепцію суворої відповідальності компанії за діяння свого агента в межах виконання останнім професійних функцій.

Наведемо ще один приклад із судової практики, коли корпорація, навпаки, не зазнала кримінальної відповідальності за вчинення злочину. У справі «People v. Rochester Railway & Light Co.» (1909 р.) апеляційний суд штату Нью-Йорк (касаційна інстанція) залишив у силі рішення двох судів нижчої інстанції, якими компанію не було визнано винуватою в заподіяння смерті мешканцю житлового будинку, котрий помер через отруєння газом унаслідок недбалого прокладення компанією газової мережі. Посилаючись на згадану вище справу «New York Central», суд визнав можливість кримінальної відповідальності корпорації за окремі види злочинів за умови, що у відповідних статутах відображено волю законодавця криміналізувати протиправну поведінку компаній. Проведений судом аналіз норм КК штату Нью-Йорк про умисні та неумисні вбивства вказав на те, що суб'єктом вбивства може бути лише людина (у цих нормах використовувався зворот «убивство однієї особи іншою»). При цьому суд погодився з аргументами обвинувачення на користь того, що термін «особа» у тексті КК згаданого штату (як, до речі, і федерального КК) охоплює і фізичних осіб, і корпорації. Однак, наголосив суд, природа інкримінованого злочину, законодавчий намір, що впливає з тексту статей КК штату, і навіть змістовний аналіз норм, розташованих поряд з інкримінованими, не дозволяють визнавати корпорацію винуватою у вчиненні вбивства через необережність [20].

Звернемо увагу на ще один важливий аргумент, сформульований ВС США на користь кримінальної відповідальності корпорацій у справі «New York Central». Тут, крім усього іншого, було зазначено, що не повинно бути жодних сумнівів у повноваженнях Конгресу США в частині регулювання економічних зв'язків між штатами, попередження неправомірного протекціонізму та забезпечення однакових прав для всіх тих, хто бере участь в економічних відносинах на національному рівні. Водночас, зазначив Суд, значним кроком назад стане винесення рішення, яким Конгресу заборонятиметься здійснювати контроль за тими, хто здійснює торгівлю між штатами, шляхом притягнення таких осіб до кримінальної відповідальності за наміри і цілі агентів, яким ці економічні суб'єкти делегували повноваження діяти від свого імені. Закон не може запліщувати очі на те, що зараз переважна більшість господарських правочинів вчиняється організаціями, а зовнішньоторговельні операції майже повністю перебувають в їх руках; як наслідок, виключення кримінальної відповідальності таких організації призведе до втрати ефективного державного контролю в цій сфері.

Обґрунтовуючи доцільність притягнення корпорацій до кримінальної відповідальності, американські дослідники звертають увагу і на те, що юридичні особи – це штучні та автономні правові утворення, здатні до самостійного волевиявлення у вигляді певної діяльності, врегульованої нормами національного законодавства. При цьому з числа всіх передбачених федеральним законом юридичних утворень саме корпорація має унікальний юридичний статус сукупного неперсоніфікованого волевиявлення осіб, які входять до її складу, тобто акціонерів [21, с. 173–179]. Саме цим колективним статусом обумовлений більш досконалий виробничий, фінансовий, господарський і, звичайно, правовий режим корпорації порівняно з правоздатністю фізичної особи чи, наприклад, товариства з обмеженою відповідальністю. Через вказану особливість своєї юридичної природи корпорації чинять істотний вплив на суспільно-правові відносини у державі. У кримінально-правовому контексті це означає, що корпорації повинні визнаватись потенційними носіями значно більшої суспільної небезпеки для охоронюваних законом правовідносин, ніж фізичні особи. Остання обставина і викликає необхідність прийняття норм, покликаних ефективно «оберігати» суспільство в цілому та окремих його представників від злочинів та інших порушень з боку корпорацій. США, як і чимало інших цивілізованих країн світу, після багаторічних дискусій і юридичних експериментів обрали шлях, який полягає

у наданні корпораціям статусу суб'єкта злочину [22, с. 388–394]. Таким чином, кримінальна відповідальність корпорацій фактично стала ще одним примусовим видом державного контролю за їх діяльністю.

Слід зазначити, що судова практика після винесення ВС США рішення у справі «New York Central» не обмежилась притягненням корпорацій до кримінальної відповідальності лише у справах про порушення статутів із чітко визначеною законодавцем спеціальною метою. Суди вдавались до поширювального тлумачення концепції умисного злочину корпорації і стали визнавати корпорації винуватими у порушенні навіть деяких норм, так би мовити, загально-кримінального характеру. Лише такі злочини, як зґвалтування, вбивство, тілесне ушкодження чи бігамія, не ставились у провину корпораціям. Хоч і цей виняток ставився під сумнів деякими правниками, які відзначали, що механізм обґрунтування кримінальної відповідальності корпорації будується на тому, що будь-яку поведінку її уповноваженого агента (агентів), які діють в інтересах корпорації-роботодавця, можна розцінювати як прояв вольової поведінки самої корпорації. За такого підходу юридичні перешкоди для визнання корпорації винуватою в будь-якому злочині взагалі зникають.

Тут не буде зайвим нагадати, що в 2007 р. у Великобританії було прийнято Закон про корпоративне просте вбивство і корпоративне людиновбивство. Дія цього Закону поширюється на випадки заподіяння смерті організацією – корпорацією, урядовим органом (включаючи Збройні сили), товариством, тред-юніоном, асоціацією роботодавців. Організація визнається винуватою у вбивстві, якщо спосіб, яким здійснюється або організована її діяльність, спричиняє смерть особі, та утворює грубе порушення обов'язку обережності, покладеного на організацію стосовно того, хто загинув. Корпоративні вбивства караються штрафом; при цьому суд має право видати наказ про усунення вад у діяльності організації або про оприлюднення матеріалів справи. Вважається, що передбачену розглядуваним Законом схему кримінальної відповідальності організації утворює поєднання теорії ототожнення та ідеї «минулої винуватості», згідно з якою для настання кримінальної відповідальності організації вимагається встановити попередню злочинну недбалість організації у створенні задовільних запобіжних заходів стосовно вчиненого злочинного діяння [23, с. 16–20].

Деякі критики кримінальної відповідальності корпорацій вказують на те, що кримінально-правові санкції проти юридичних осіб не можуть претендувати на ефективність: санкції переважно фінансового характеру будуть просто перекладатись на «плечі» акціонерів, працівників та їх родин, меншою мірою – на ділових партнерів і споживачів (шляхом підвищення вартості товарів і послуг через застосовані санкції) і, таким чином, реальний фінансовий тягар покладатиметься не на компанії. Виходить, що існуюча модель кримінальної відповідальності корпорацій не здатна реалізовуватись ефективно. Лише переслідування конкретних уповноважених осіб – агентів компанії здатне, на думку критиків, покарати чи в окремих випадках попередити корпоративний злочин.

Є підстави стверджувати, що розвиток доктрини корпоративної кримінальної відповідальності у США протягом ХХ ст. ознаменувався чотирма основними обставинами.

По-перше, американські суди відкинули європейські стандарти кримінальної відповідальності організацій, а також принципи корпоративної відповідальності, закладені в МКК США. Замість цього в обґрунтування своєї позиції суди застосовували доктрину «*respondeat superior*» (з лат. – нехай відповідь старший), згідно з якою будь-які дії чи наміри агента можуть бути поставлені в провину корпорації за наявності всіх інших елементів цієї доктрини. Наявність таких елементів, а отже, і визначення можливості кримінальної відповідальності корпорації за дії агента залежить від встановлення двох груп фактичних обставин: 1) чи був протиправний вчинок агента пов'язаний з його звичайними професійними обов'язками або це був неочікуваний випадок; 2) чи переслідував агент (принаймні частково) мету вчинити акт на користь корпорації. Ступінь відповіді на ці питання дозволяє судам зробити висновок про можливість чи, навпаки, неможливість застосувати доктрину «*respondeat superior*», а отже, притягти корпорацію до кримінальної відповідальності.

Задля справедливості зауважимо, що сучасна наука кримінального права США вельми критично оцінює згадану доктрину з її формальними умовами, запозиченими із загального вчення про зобов'язальне право. Так, раціональне зерно має позиція Л. Дервана, який вказує на необхідність врахування ознаки моральної винності корпорації в заохоченні протиправної поведінки своїх агентів – фізичних осіб на підставі всебічного вивчення чотирьох груп ознак: 1) серйозність вчиненого злочину, у т. ч. загроза чи рівень наслідків для суспільства; 2) поширеність протиправної поведінки у межах корпорації, у т. ч. співучасть або схвалення такої поведінки керівництвом юридичної особи; 3) наявність проявів подібної поведінки в минулому, зокрема факти застосування в минулому кримінально-правових, цивільно-правових та адміністративно-правових заходів проти корпорації; 4) існування та адекватність програми додержання правомірної поведінки, що діяла в корпорації на момент вчинення злочину її агентом. Стверджується, що втілення викладеного підходу під час кримінального переслідування корпорації дозволить більш точно і водночас із більшим ступенем ефективності виявляти ті юридичні особи, які своєю поточною діяльністю фактично підтримують протиправну поведінку агентів, а отже, заслуговують на суворе ставлення з боку кримінального закону [1, с. 17].

По-друге, зростання масиву федерального законодавства про кримінальну відповідальність корпорацій (особливо в економічній сфері та особливо у 60-і рр. минулого століття) призвело до зростання суспільної обі-

знаності про масштаби корпоративних зловживань у США, а також спонукало до проведення широких дискусій щодо необхідності якісно нових форм реагування на системні прояви відповідних форм протиправної поведінки.

По-третє, у першій половині XX ст. спостерігається стрімкий розвиток досі невідомих механізмів публічно-го цивільно-правового впливу на корпорації за вчинені ними правопорушення. І хоч деякі науковці робили припущення про те, що такі механізми з часом виключать кримінальну відповідальність корпорацій, цього не сталося. Адже суди на той час уже повністю сприйняли концепцію корпоративної кримінальної відповідальності. Більше того: ресурси, процесуальний інструментарій, інтенсивність переслідування, а також цілі притягнення компаній до відповідальності у вказаних двох формах істотно відрізняються між собою. Навіть сьогодні у форматі кримінального судочинства переслідуються найбільш серйозні та небезпечні прояви корпоративних порушень у той час, як менш небезпечні делікти розглядаються на підставі положень федеральних цивільно-правових норм.

По-четверте, у 90-і роки XX століття було ухвалено Федеральні інструкції з призначення кримінальних покарань організаціям – нормативний документ, який викликав в американських правничих колах жваві дискусії щодо рівня суворості кримінальних санкцій проти корпорацій і щодо стримуючого ефекту таких санкцій на корпорації. Ці дискусії знову актуалізували питання про доцільність співіснування цивільної та кримінальної відповідальності корпорації, позаяк вони передбачають змістовно схожі санкції та порядки їх застосування.

Прибічники ідеї криміналізації окремих проявів корпоративних зловживань наголошують, серед іншого, на тому, що далеко не завжди вдається ідентифікувати та в подальшому встановити винуватість конкретного агента корпорації, який діяв від її імені. У сучасному світі складних корпоративних бюрократій і поширеної практики колективного прийняття бізнес-рішень представниками різних ланок менеджменту керівництво компанії просто не зможе контролювати всі ділові процеси, що відбуваються в її межах. Доцільність кримінальної відповідальності корпорації як суб'єкта злочину американські дослідники пояснюють також круговою порукою, яка об'єднує персонал фірми і забезпечує фактичний імунітет проти індивідуальної кримінальної відповідальності принаймні для тих працівників, які обіймають відповідальні посади і знаходяться на безпечній відстані від конкретних злочинних актів [24, с. 69–84]. Судова практика виходить з того, що точна ідентифікація особи, яка вчинила злочин для корпорації, фіксація місця такого працівника в службовій ієрархії не є обов'язковими умовами визнання фірми винуватою у вчиненні злочину. Цей підхід зумовлений і такими чинниками, як великі розміри корпорацій, їх значне географічне поширення, спеціалізація виробництва, комплексність технологій, що сприяє приховуванню кримінально караних діянь корпорацій. Навіть такі прозаїчні обставини, як смерть, звільнення чи вихід на пенсію зловмисника – фізичної особи, можуть виключити або значною мірою нівелювати цілі покарання. Наведемо з цього приводу такий приклад із судової практики.

У 1934 р. керівництву виробничої корпорації «Johns-Manville» стало відомо про те, що робота з азбестом здатна викликати у працівників смертельні ракові захворювання. Було, однак, прийнято рішення цю інформацію не розголошувати; корпорація також ухвалила внутрішнє розпорядження про непередбачення лікарями, які здійснювали медичне обслуговування працівників, про перші симптоми азбестозу (захворювання легенів, що має високу вірогідність перерости у рак плеври). Про цей факт стало відомо лише 30 років потому, коли представники керівництва корпорації «Johns-Manville», які утаємничили зазначену інформацію, давно померли або пішли на пенсію, а діюче керівництво уже повною мірою дотримувалась вимог безпеки виробництва, встановлених федеральним законодавством. Виявлення цієї трагічної і водночас цинічної обставини призвело до масових позовів до компанії з боку постраждалих та їх близьких, що врешті-решт призвело до банкрутства корпорації «Johns-Manville» [25].

Фахівці констатують, що за останні сто років законодавча регламентація та судове обґрунтування кримінальної відповідальності юридичних осіб у США розвинулись настільки, що наразі майже не зустрічається жодних серйозних правозастосовних чи інтерпретаційних бар'єрів у будь-якій сфері федеральної злочинності [26, с. 7]. Підтвердження цієї тези можна знайти в багатьох рішеннях судів різних інстанцій, коли нерідко спірні питання, пов'язані з наявністю достатніх підстав для інкримінування корпорації певного злочину, вирішуються за допомогою поширювального тлумачення судом норм закону.

Взяти хоча б справу «United States v Bank of New England» (1987 р.), у якій апеляційний суд першого округу створив нове прецедентне правило про так звану колективну обізнаність корпорації про порушення закону [27]. Відтепер застосовується презумпція обізнаності корпорації про протиправний вчинок її працівника (агента), навіть якщо керівництво не знало про це або заздалегідь повідомило про заборону такого вчинку. Згадана презумпція передбачає, що юридична особа повинна «знати» про все, що відбувається в її межах, навіть якщо кожен її структурний підрозділ «знає» і відповідає лише за окрему частину поточної діяльності, що сама по собі може і не бути протиправною. Корпорація як єдине ціле уособлює всю інформацію (усвідомлення поведінки) про всіх своїх підлеглих і департаментів, а отже, саме корпорація апіорі несе кримінальну відповідальність за сукупно протиправний вчинок декількох своїх агентів. При цьому, повторимось, частина дій кожного агента окремо може і не визнаватись протиправною.

Наведений приклад, а також інші проаналізовані нами кримінальні справи проти корпорацій спонукають звернути більше уваги на проблему вини юридичної особи у вчиненні злочину. Адже очевидно, що перенесення вини конкретного агента (агентів) корпорації на саму юридичну особу для встановлення всіх ознак конкретного злочину об'єктивно не витримує серйозної критики. Саме тому деякі сучасні науковці вказують на архаїчність і практичну недоречність «нав'язування» корпорації-порушнику вини у будь-якій її формі.

Так, професор школи права Бостонського університету В. Ханна аргументує позицію, згідно з якою переваги від атрибуції концепції «винного розуму» юридичній особі практично дорівнюють нулю – це, по суті, штучна проекція ключової характеристики поведінки фізичної особи на особу юридичну. Дослідниця пише, що існують три стандарти відповідальності, які змістовно кореспондують із поняттям вини корпорації: 1) традиційний стандарт «відповідальності вищого», коли діяння одного агента корпорації – фізичної особи характеризується наявністю необхідної за законом форми вини; 2) колективний стандарт «відповідальності вищого», коли корпорації інкримінується сукупна протиправна поведінка декількох її агентів, сукупна обізнаність яких про певні обставини дозволяє встановити єдиний злочинний намір чи необережність; 3) необережний стандарт, коли аналіз діяльності корпорації в цілому чи окремих сфер її діяльності дозволяє зробити висновок про наявність необережного порушення закону. Критично розглянувши всі три стандарти через призму законодавчої техніки, історії розвитку законодавства, судової інтерпретації та суспільної доцільності, В. Ханна робить висновок про те, що винна поведінка агента (агентів) корпорації на її користь практично не впливає на процеси управління, поточної чи майбутньої діяльності корпорації як колективного юридичного організму. Тобто спостерігається лише односторонній інтелектуально-вольовий зв'язок під час реалізації протиправної поведінки. Отже, вина корпорації – це зайва юридична фікція, а тому обґрунтовувати кримінальну відповідальність юридичних осіб пропонується виключно з позицій вчення про сувору (абсолютну) відповідальність, яка не визнає ознаки усвідомлення та волевиявлення [28, с. 356–358]. Класичним прикладом суворої відповідальності (щоправда, у галузі зобов'язального права) є відповідальність за неякісний продукт чи послугу, що спричинили шкоду споживачам, для настання якої (відповідальності) конкретна форма до уваги не береться. Т. Файрстоун, розглядаючи проблемні аспекти встановлення вини в діяльності корпорацій, зазначає, що кримінальний закон США вимагає вивчати поведінку співробітників компанії; організація підлягає кримінальній відповідальності, якщо співробітник діяв, по-перше, у межах своїх службових повноважень і, по-друге, із наміром одержати вигоду для організації [29, с. 600–601].

Интерес в аспекті застосування доктрини «*respondeat superior*» у федеральних кримінальних справах про корпоративні економічні злочини викликає справа «*Standard Oil Company of Texas v. United States*» (1962 р.). Як впливає з матеріалів цієї справи, двоє працівників «*Standard Oil*» вступили в змову з іншою корпорацією для перекручування реальних обсягів і походження нафти під час її видобутку з дев'яти свердловин, що порушувало вимоги законодавства про протидію незаконній торгівлі нафтою. Цими діями корпорації «*Standard Oil*» було заподіяно матеріальну шкоду; були також грубо порушено професійні зобов'язання працівників перед компанією. Хоча доктрина «*respondeat superior*» як підставу кримінальної відповідальності називає лише наявність професійних зв'язків між роботодавцем і найманим працівником і факт вчинення останнім правопорушення під час виконання своїх офіційних обов'язків, апеляційний суд п'ятого округу в розглядуваній справі вирішив, що так званого функціонального тесту в цьому разі буде недостатньо. Суд виходив з того, що має бути хоча б якась користь для корпорації від дій підлеглих. Констатувалось також, що безпосередньої шкоди нікому заподіяно не було, за винятком самої «*Standard Oil*»: компанія фактично була вимушена сплатити за частину нафти двічі, не знаючи про це. Суд вирішив, що в тому разі, коли федеральний статут вимагає встановлення спеціального протиправного наміру, корпорація не може набутися і проявити такий намір через діяльність своїх нечесних підлеглих, які своїми діями переслідували власні цілі чи цілі третіх осіб, однак в жодному разі не діяли на користь свого роботодавця [30].

Виходить, що наведену вище кримінальну справу можна розглядати як певний виняток із правила про автоматичну відповідальність вищого керівництва корпорації за поведінку підлеглих. Суд у цьому разі не знайшов у матеріалах справи підтвердження на користь того, що корпорація знала і, тим більше, діяла свідомо, коли її працівники вчиняли шахрайські зловживання проти її ж інтересів.

Слід зазначити, що правозастосовна практика США, як і кримінально-правова доктрина цієї країни, досить ліберально сприймає ідею криміналізації окремих проявів поведінки корпорацій. Наприклад, Д. Мейстер у статті, присвяченій проблемі кримінальної відповідальності корпорацій за необережне вбивство, звертається до положень американського зобов'язального права з метою пошуку доречних паралелей в обґрунтування такої відповідальності [31, с. 923]. Виявляється, що судова практика в цивільних справах про відповідальність корпорацій за випуск неякісного товару (рідше – за надання неякісної послуги) застосовує так званий тест на співвідношення ризику і користі продукту. У спрощеному вигляді цей тест показує, чи був ризик від використання товару (послуги) звичайним споживачем більшим за його корисні споживчі властивості [32]. У подібних справах «спрацьовує» правило про сувору відповідальність: компанія автоматично визнається

винуваю у випадку негативного результату згаданого тесту; аргументи на кшталт допущеної помилки чи незнання ризиків не визнаються належним захистом у подібних спорах зобов'язального характеру.

Д. Мейстер пропонує судовій практиці рухатись далі, застосовуючи тест на ризик-користь від товару (послуги) до фактів вчинення корпораціями вбивств через необережність. Так, якщо під час судового розгляду буде встановлено, що корпорація просувала на ринок продукт, який є потенційно небезпечним, і вона не зможе довести, що не знала і не передбачала такі властивості свого продукту, у сторони державного обвинувачення з'являється можливість довести, що компанія проявила явне нехтування людським життям [31, с. 946].

Наразі такі сміливі наукові міркування, вочевидь, не позбавлені своєї логіки, не знайшли підтвердження в законодавстві: ні федеральне законодавство, ні законодавство штатів не містять заборон щодо заподіяння смерті корпораціями. Притягнення компаній до кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди у вигляді смерті можна віднести до поодиноких випадків сміливого застосування судами чинних правових норм.

Звернення до тесту на ризик-користь від товару (послуги) в правозастосовній практиці гарно демонструє справа «State v. Ford Motor Co.» (1978 р.), що серйозно вплинула на подальший розвиток американської кримінально-правової доктрини в частині відповідальності корпорацій. Як впливає з обставин цієї справи, у 1978 р. три дівчини подорожували федеральним шосе в штаті Індіана, коли в їх автомобіль «Форд Пінто» вїхав інший автомобіль. Зіткнення призвело до займання бензобаку, унаслідок чого загорівся весь автомобіль. Через отримані тяжкі опіки всі, хто перебували в автомобілі, загинули. Після нетривалого розслідування прокурор штату Індіана вирішив висунути звинувачення проти корпорації «Форд» в умисному випуску на ринок небезпечного автомобіля, що призвело до заподіяння смерті особам, які його використовували. Велике журі висунуло корпорації обвинувачення у вчиненні вбивства через необережність, і справу було передано до суду. Надалі були зібрані фактичні докази, які вказували на обізнаність керівництва компанії «Форд» про інженерні дефекти та небезпечність експлуатації моделі «Форд Пінто». Зокрема, всі вісім проведених тестів моделі провалились: після кожного тесту на заднє зіткнення займався паливний бак автомобіля, а вогонь перекидався в салон. Було також встановлено, що спроби інженерів підняти питання про серйозні дефекти моделі автомобіля перед керівництвом компанії ігнорувались.

Основним доказом проти «Форда» став внутрішній меморандум компанії, в якому було здійснено порівняльний фінансовий аналіз витрат на виправлення інженерного дефекту і витрат на обслуговування можливих позовів постраждалих покупців автомобіля. Фахівці компанії підраховали, що встановлення додаткового захисту паливного баку обійдеться компанії в 137 млн. дол. (12,5 млн. випущених автомобілів помножити на 11 дол. вартості одного захисного обладнання) у той час, як вартість укладання мирових угод із постраждалими внаслідок аварій і вибухів споживачами обійдеться у 49,5 млн. дол. (потенційно 180 смертельних випадків зі сплатою 200 тис. дол. за кожний, 180 випадків тілесних ушкоджень зі сплатою 67 тис. дол. за кожний, а також 2100 компенсацій вартості знищених автомобілів зі сплатою 700 дол. за кожний). Порівнявши ці цифри, керівництво компанії вирішило «зеконотити» на інженерному доопрацюванні моделі, свідомо передбачивши можливість настання численних тяжких наслідків для споживачів. Фактично корпорація «Форд» застосувала тут розглянутий вище тест на співвідношення ризику-користі від продукту – за допомогою мови цифр, економічної доцільності та з абсолютним нехтуванням при цьому цінності людського життя і здоров'я. Завдяки тому, що стороні захисту вдалось виключити з кримінальної справи 280 із 300 документальних доказів вини корпорації, у т. ч. документальне підтвердження обчислення ризику/користі від залишення моделі «Пінто» на ринку, присяжні виправдали компанію [33].

Водночас ця справа стала потужним сигналом корпоративній Америці в тому сенсі, що серйозні зловживання компаній, які призводять до тяжких наслідків (передусім до заподіяння фізичної шкоди), відтепер не будуть залишатись поза увагою кримінального права. Іншим позитивним наслідком наведеної кримінальної справи стала поширена у світі практика відкликання автовиробниками (і не тільки) своєї продукції у випадках виявлення дефектів.

Наведемо ще один, тепер уже сучасний приклад. 20 квітня 2010 р. на підконтрольній корпорації «British Petroleum» нафтодобувній платформі «Deepwater Horizon» стався вибух метану, унаслідок чого загинуло 11 працівників, платформа затонула, а витік нафти з пошкодженої свердловини склав 780 тис. кубічних метрів. Наслідком цієї наймасштабнішої техногенної аварії в історії США стала не лише загибель людей, а й істотне погіршення стану довкілля у Мексиканській затоці та на Південно-Східному узбережжі США. Зокрема, витік у прибережній зоні спричинив загибель майже 7 тис. тварин і птахів, а прямі збитки рибного господарства США склали близько 2,5 млрд. дол. Розслідування обставин катастрофи, розпочате Генеральною прокуратурою та іншими федеральними відомствами США, показало, що причиною трагедії стала протиправна діяльність корпорації «British Petroleum», спрямована на зменшення виробничих витрат і, як наслідок, на скорочення фінансування заходів безпеки і захисту довкілля та виробничих процесів [34, с. 335].

Наведені приклади підтверджують висловлену В. Грищуком тезу про те, що злочини юридичних осіб найчастіше мають економічне спрямування. Вчений звертається до робіт американських дослідників

М. Клайнгарда і П. Йигера, які виокремлюють шість основних видів корпоративних злочинів в економічній сфері: 1) порушення адміністративних актів і постанов (наприклад, недотримання урядових розпоряджень про відкликання бракованих товарів або відмова від будівництва водо- і повітроочисних споруд); 2) порушення природоохоронних розпоряджень (забруднення води та повітря, забруднення місцевості нафтою або хімічними продуктами); 3) фінансові правопорушення (незаконні субсидії політичним організаціям, підкуп політиків, порушення валютного законодавства тощо); 4) недотримання положень про захист і безпеку праці; дії, що суперечать положенням про працю та заробітну плату, в т. ч. дискримінація найманих робітників за ознакою раси, статі або релігії; 5) виробничі злочини (наприклад, виробництво та продаж небезпечних для життя або таких, що створюють загрозу, автомо- білів, літаків, автопокришок, приладів, продовольчих товарів, ліків); 6) нечесна торговельна практика (зокрема, порушення умов конкуренції, установлення договірних цін і нелегальний поділ ринку) [35, с. 83].

О.С. Нікіфоров пропонує таку класифікацію злочинних порушень, що є найбільш поширеними в сучасній практиці притягнення корпорацій до кримінальної відповідальності в США: 1) порушення антитрестівського законодавства; 2) порушення положень законів проти неправдивих рекламних оголошень; 3) порушення національного закону про трудові відносини; 4) зловживання у галузі патентного права, авторського права і правил про товарні знаки [36, с. 58]. Вважаємо, що є всі підстави додати до цього переліку і кримінально карані порушення податкового, антикорупційного, фармацевтичного законодавства, а також різноманітні зловживання у фінансовому секторі національної економіки.

Повертаючись до розглядуваного казусу, зазначимо, що корпорація «British Petroleum» визнала свою провину у вчиненні 11 вбивств через необережність, двох порушень екологічного законодавства, а також у поданні Комітету енергетики та комерції Палати представників Конгресу США завідомо занижених відомостей про обсяги витоку нафти. Відповідно до умов угоди про визнання вини, укладеної між корпорацією та Генеральною прокуратурою США в листопаді 2012 р., компанія зобов'язалась сплатити кримінальний штраф у безпрецедентному розмірі 1,256 млрд. дол., а також сплатити постраждалим ще 4 млрд. дол. у вигляді кримінальної реституції. Крім того, до корпорації була застосована пробація на максимально дозволений законом строк – 5 років [37].

Хоч МКК так і не знайшов підтримки з боку федерального законодавця і був лише фрагментарно інкорпорований у кримінальне законодавство окремих штатів, його положення про підстави та особливості кримінальної відповідальності корпорацій викликають значний науковий інтерес і часто стають предметом дискусій, а нерідко і відвертої критики на сторінках американських юридичних видань. Звернемось до відповідних норм МКК США і ми. Ст. 2.07 Кодексу має назву «Відповідальність корпорацій, неінкорпорованих асоціацій та осіб, які діють чи мають обов'язок діяти в їх інтересах». Відповідно до ч. 1 цієї статті корпорацію може бути визнано винуватою у вчиненні злочину, якщо:

а) злочин є порушенням за цим Кодексом або злочин визначається іншим законом, ніж Кодекс, в якому втілено законодавчу мету покласти відповідальність на корпорацію, та діяння вчинено агентом корпорації, який діє від імені корпорації у межах його повноважень або зайнятості, за винятком випадків, якщо закон, який визначає злочин, конкретно називає агентів, за поведінку яких корпорація несе відповідальність, або називає обставини, за яких корпорація відповідає, – у такому випадку застосовуватимуться відповідні положення; або

б) злочин полягає у невиконанні спеціального обов'язку діяти відповідним чином, що покладений на корпорації законом; або

в) виконання злочину було авторизовано, витребувано, наказано, реалізовано або необачно дозволено радою директорів чи агентом високої управлінської ланки, який діяв в інтересах корпорації в межах своїх повноважень або зайнятості.

Якщо передбачено застосування абсолютної відповідальності за вчинення злочину, то враховується законодавча мета накладення такої відповідальності на корпорацію, крім випадків, коли законодавча норма прямо вказує на інше (ч. 2 ст. 2.07 МКК США). Ч. 6 розглядуваної статті прямо передбачає паралельну кримінальну відповідальність агента корпорації, який діє від імені своєї корпорації; причому підстави та обсяг цієї відповідальності є такими ж, як і у випадку вчинення відповідного злочину фізичною особою.

Ч. 4 ст. 2.07 МКК США специфічним чином розкриває зміст основних термінів, що застосовуються в цій статті. Так, корпорацією не вважається урядова організація або організація, створена будь-якою урядовою агенцією з метою реалізації будь-якої урядової програми. Агентом визнається будь-який директор, керівник, службовець, працівник або інша особа, уповноважені діяти від імені корпорації або асоціації, та у випадку неінкорпорованої асоціації – член такої асоціації. Нарешті, під агентом високої управлінської ланки розуміється посадова особа корпорації або неінкорпорованої асоціації (у випадку партнерства – партнера) або будь-якого іншого агента корпорації чи асоціації, на яких покладено обов'язки такого рівня відповідальності, який дозволяє вважати їх поведінку такою, що відображає лінію поведінки корпорації або асоціації.

Варто звернути увагу на те, що процес застосування кримінально-правових норм у США традиційно будується на засадах прокурорської дискреції. Враховуючи можливість руйнівних наслідків застосування до корпорацій кримінально-правових санкцій, Міністерство юстиції США (інакше кажучи – Генеральна прокуратура країни) періодично розробляє директиви, якими мають керуватись федеральні прокурори, приймаючи рішення про притягнення корпорації до кримінальної відповідальності. Так, у датованому 2006 р. меморандумі Макналті (прізвище заступника Міністра юстиції США) йшлося про врахування таких факторів, як: 1) характер і тяжкість правопорушення, а також першочергові завдання з кримінального переслідування юридичних осіб за вчинення конкретних видів злочинів; 2) масштаб протизаконної діяльності всередині організації, включаючи співучасть або потурання з боку керівництва організації; 3) існування аналогічних прецедентів в історії організації; 4) своєчасне і добровільне визнання організацією факту правопорушення і бажання співробітничати із слідчими органами; 5) наявність в організації адекватної програми дотримання нормативно-правових актів; 6) дії організації з ліквідації наслідків правопорушення, включаючи застосування дисциплінарних стягнень до винуватих співробітників, їх звільнення; 7) побічна шкода, включаючи шкоду акціонерам, пенсіонерам і співробітникам, чия особиста невинуватість доведена, а так само суспільний резонанс у зв'язку з порушенням кримінальної справи проти організації; 8) адекватність кримінально-правових заходів проти індивідуальних співробітників, винуватих у протизаконній діяльності організації; 9) адекватність засобів судового захисту цивільно-правового та адміністративного характеру.

Коментуючи цей відомчий документ, Т. Файрстоун моделює ситуацію з підкупом корпорацією державного чиновника. Так, якщо буде встановлено, що пропозиція хабара була єдиною та відокремленою дією одного співробітника, корпорація має і застосовує внутрішню програму дотримання нормативно-правових актів з метою виявлення протиправних дій співробітників, а також співробітничав зі слідством і звільнила з роботи вказаного співробітника, корпорації державне обвинувачення, скоріш за все, не висуватиметься. Навпаки, якщо підкуп чиновника був санкціонований радою директорів корпорації, ця рада наказала співробітникам обманювати слідчих, а сама компанія давно займається підкупам, притягнення її до кримінальної відповідальності буде обґрунтованим [29, с. 603–604].

У контексті нашого дослідження заслуговує на увагу і меморандум Міністерства юстиції США від 9 вересня 2015 р. під назвою «Про індивідуальну відповідальність за корпоративні правопорушення». У преамбулі цього документа зазначено, що відтепер політика федерального прокурорського відомства в частині цивільно- та кримінально-правового реагування на вчинювані корпораціями правопорушення зміщує акценти з переслідування юридичних осіб на переслідування конкретних фізичних осіб, відповідальних за прийняття протиправних рішень у корпорації. Основним поштовхом до такої зміни став певний тиск суспільства, обуреного «заграванням» прокурорів із великим бізнесом протягом останніх 10–15 років, особливо на фоні штучно створеної фінансової кризи 2008 р. Цей період показав, що за основне правило було взято застосування попередніх санкцій до компаній, які лише підозрювались у вчиненні злочину, – угод про відмову від кримінального переслідування («non-prosecution agreements») та про призупинення кримінального переслідування («deferred prosecution agreements»). Фактично у випадку піймання «на гарячому» корпорації могли ризикувати лише сплатою штрафів, хоча часом і досить значних, про що частково вже йшла мова вище.

Оновлена політика Міністерства юстиції зводиться до переслідування конкретних агентів корпорації – фізичних осіб, винуватих у вчиненні «білокомірцевого» злочину. Меморандум називає шість ключових компонентів реалізації нової стратегії переслідування агентів корпорації: 1) для того, щоб претендувати на звільнення чи зниження обсягу кримінальної відповідальності за співпрацю зі слідством, корпорації повинні надати Міністерству юстиції (в особі відповідних структурних підрозділів) всю наявну інформацію про діяльність фізичних осіб, винуватих у вчиненні корпоративного правопорушення; 2) кримінальні розслідування та цивільні перевірки з самого початку їх проведення повинні зосереджуватись на фізичних особах; 3) прокурори, відповідальні за здійснення кримінально-правових і цивільно-правових заходів, повинні перебувати в постійному контакті між собою; 4) за винятком виключних обставин або спеціально схваленої практики прокуратури, Міністерство юстиції не звільнятиме винуватих фізичних осіб від цивільної чи кримінальної відповідальності під час вирішення питань із корпорацією-порушником; 5) федеральні прокурори не повинні затверджувати рішення щодо корпорації за відсутності чіткого плану щодо подальшого вирішення справ проти конкретних агентів корпорації, а також зобов'язані письмово повідомляти про причини припинення кримінального переслідування агентів; 6) прокурори у цивільних справах повинні постійно зосереджувати увагу як на корпорації, так і на її агентах, і під час вирішення питання про подання позову проти фізичної особи не повинні обґрунтовувати своє рішення лише фінансовою здатністю агента понести цивільно-правові санкції.

Відтепер корпорації, які потрапляють під «мікроскоп» прокурорських розслідувань і перевірок, у разі прийняття рішення про співпрацю зі слідством зобов'язані надати всю наявну в них інформацію про факти протиправної поведінки відповідальних агентів незалежно від посади, становища чи впливовості останніх. Відповідно, якщо компанія відмовляється від проведення внутрішньої перевірки з метою виявлення вину-

ватою агента і документального фіксування обставин вчиненого корпоративного порушення, вона втрачає право на пом'якшуючу обставину у вигляді співпраці зі слідством. Коли ж дії компанії відповідають умовному «тесту» на співпрацю, вона отримує право на розгляд питання (і не більше) про погодження такої співпраці прокурором. При цьому, як підкреслюється в меморандумі, повинні враховуватись і інші обставини, які традиційно одержують оцінку при розгляді питання про юридичне закріплення співпраці, – швидкість та якість співпраці з боку компанії, повнота проведення внутрішньої перевірки, прагнення корпорації виправити протиправні бізнес-практики тощо.

Тут доречно додати, що загальні умови співпраці між слідством та корпорацією під час розслідування кримінальних порушень, вчинених корпорацією та її агентами, наведені в § 9-28.700 розділу 9 Посібника для прокурорів США під назвою «Принципи федерального переслідування бізнес-організацій». Йдеться про те, що при вирішенні питання про доцільність висунення обвинувачення корпорації повинні враховуватись вчасність, добровільність надання необхідної для слідства інформації та документації, рівень співпраці зі слідством у процесі розслідування (перевірки), а також прагнення корпорації ідентифікувати конкретних фізичних осіб – причому як своїх уповноважених агентів, так і незалежних третіх осіб, безпосередньо винуватих у корпоративному правопорушенні [38].

Професор права Стетсонського університету Е. Подгор дещо критично оцінює перспективи нового меморандуму Міністерства юстиції США. На її думку, такі зміни покликані об'єднати значні юридичні та економічні ресурси великого бізнесу з потужністю федеральної правоохоронної системи проти окремих індивідумів. А це, своєю чергою, може покласти край усталеній у США практиці ведення бізнесу та прийняття колегіальних рішень, оскільки президенти компаній, віце-президенти, голови правління, члени ради директорів, фінансові директори, провідні аналітики, голови юридичних департаментів та інші корпоративні агенти керівної ланки перестануть працювати разом над повсякденними питаннями, а почнуть недовіряти один одному, постійно «озираючись» назад. Не меншою проблемою може стати справедливість внутрішніх корпоративних перевірок та їх результатів стосовно конкретних фізичних осіб, а точніше відсутність факторів об'єктивності і неупередженості. Адже немає жодних гарантій того, що топ-менеджмент корпорації в егоїстичних прагненнях захистити себе та компанію не вкаже державному обвинуваченню на «віце-президента з питань тюремного ув'язнення» або «священну корову обманутого правосуддя» (як цього суб'єкта жартома називають американські юристи) [39].

У розглядуваному меморандумі також зосереджено увагу на автономності кримінального переслідування винних представників корпорації незалежно від її правового статусу. Зокрема, передбачено, що будь-які процесуальні затримки в паралельному кримінальному розслідуванні корпорації не повинні відбиватися на ході розслідування поведінки агента. У разі небезпеки впливу строків давності притягнення корпорації до кримінальної відповідальності прокурорам рекомендується укладати з пов'язаними фізичними особами угоди про незастосування строків давності (особлива форма процесуальної угоди у кримінальному провадженні), що дає слідству більше часу для проведення комплексу заходів, а підозрюваному та його адвокату, своєю чергою, більше часу для переговорів на предмет відмови від пред'явлення обвинувачення.

17 вересня 2015 р. стало відомо, що відомий американський автовиробник – корпорація «General Motors» уклала з офісом федеральної прокуратури південного округу м. Нью-Йорк угоду про призупинення кримінального переслідування за результатами 18-місячного розслідування корпоративних зловживань, пов'язаних із відмовою усунути дефекти системи безпеки у виготовлених компанією автомобілях. Як впливає з цього процесуального документа, починаючи з 2005 р. відповідальні представники компанії знали про дефект перемикача запалювання в деяких моделях автомобілів: під час руху перемикач запалювання міг самостійно повернутися в режим «аксесуари» чи «вимкнено», тим самим зупиняючи роботу двигуна автомобіля, підсилювача керма, підсилювача гальм, а також вимикаючи подушки безпеки; таким чином, створювалась аварійно небезпечна обстановка. Розслідування також встановило, що в період з 2012 р. по 2014 р., тобто до того моменту, коли компанія почала масове відкликання автомобілів із несправними перемикачами запалювання (а всього було відкликано понад 30 млн. автомобілів протягом 2014 р., загальна сума пов'язаних із цим витрат компанії склала понад 4,1 мрд. дол.), інженери та топ-менеджмент корпорації «General Motors» знали про загрозу життю і здоров'ю водіїв, які керували моделями з дефектами, однак проявили свідому бездіяльність. При цьому за період з 2005 р. по 2014 р. у результаті дорожньо-транспортних пригод, пов'язаних із вимкненням двигунів, а також систем активної та пасивної безпеки автомобілів, загинуло 124 особи, ще 275 осіб отримали травми різного ступеня тяжкості. Компанія зобов'язалась виплатити понад 600 млн. дол. у вигляді компенсацій постраждалим. Також федеральна прокуратура застосувала до корпорації кримінальну конфіскацію коштів, пов'язаних із протиправною діяльністю, у розмірі 900 млн. дол. [40].

У світлі положень розглянутого вище меморандуму, оприлюдненого за тиждень до укладання з «General Motors» угоди про призупинення кримінального провадження, одразу стає помітною відсутність з боку прокуратури будь-яких спроб кримінального переслідування конкретних фізичних осіб – представників

компанії, які тривалий час приховували від чиновників і споживачів інформацію про смертельно небезпечні дефекти в автомобільній продукції. Як слушно зазначила з цього приводу Е. Подгор, вказана угода слугує сумним прикладом того, що гучні гасла федерального правозастосовувача (прокуратури) на практиці часто не збігаються з його діями, а тому настав час для прямого втручання американського Конгресу [41].

Справа «General Motors» змушує пригадати розглянуту вище ситуацію навколо компанії «Форд»: і в цьому разі йдеться про автомобілі, серйозні дефекти і пов'язані з цим смерті з різницею лише в часі між подіями. Виходить, що історія незаконного корпоративного збагачення так нічому і не навчила великий американський бізнес. Перефразовавши відоме висловлювання англійського лорда Г. Палмерстона на зовнішньополітичну тему, можна дещо цинічно стверджувати, що в корпорації немає вічних друзів і ворогів, а є лише вічні інтереси. Минуле корпоративної Америки і сучасні процеси розвитку корпоративного сегменту національної економіки розкривають основну рушійну силу економічних проявів колективної організації суспільства – збагачення та накопичення капіталу; у крайніх формах це і відверта жадібність. За таких обставин федеральний уряд, суди, прокуратура і наукова спільнота в принципі сходяться на тому, що корпорації слід постійно тримати під жорстким контролем суспільства і не в останню чергу за допомогою заходів кримінально-правової репресії. Більшість американських коментаторів поділяють точку зору, згідно з якою недопущення подальших проявів протиправної поведінки в корпоративному середовищі є пріоритетним завданням при застосуванні до компаній кримінально-правових санкцій.

Надалі пропонуємо зосередити увагу на питаннях призначення американським корпораціям кримінальних покарань. Аналіз цих питань доречно розпочати з ознайомлення з Федеральними інструкціями з призначення покарань організаціям, що були офіційно ухвалені 1 листопада 1991 р. і з того часу регулярно оновлюються. Наразі покарання можуть застосовуватися до корпорацій, партнерств, професійних спілок, пенсійних фондів, трастів, неприбуткових організацій, а також до державних установ та підрозділів. Юридична спільнота в США достатньо позитивно сприйняла згаданий документ, покликаний систематизувати судову практику в частині призначення покарань юридичним особам шляхом раціонального обмеження судового розсуду в цій частині [42, с. 799; 43, с. 205]. За задумом авторів аналізованого документа, його основне призначення полягає в забезпеченні справедливого і адекватного покарання, а також у досягненні попереджувального ефекту. При цьому елемент адекватності покарання кореспондує зі ступенем протиправності корпоративної поведінки в той час, як елемент попередження протиправної поведінки передбачає систему превентивних, у т. ч. заохочувальних заходів, покликаних спонукати корпорації власноруч ідентифікувати вже вчинені порушення та не допустити злочинну поведінку в майбутньому [44].

Глава 8 Федеральних інструкцій з призначення покарань, що безпосередньо регламентує порядок накладення кримінально-правових санкцій на організації, уособлює концепцію запровадження «ефективних програм додержання законодавства» як потужного інструмента для повернення винуватої корпорації в правове поле і, відповідно, недопущення проявів її подальшої незаконної поведінки. Ця концепція базується на встановленні таких критеріїв: 1) запровадження нових корпоративних стандартів і програм, що об'єктивно здатні знизити ймовірність протиправної поведінки в майбутньому; 2) систематичний моніторинг рівня додержання законності з боку керівництва корпорації; 3) безперешкодний обмін інформацією між всіма структурними підрозділами; 4) адекватне реагування на вже вчинені порушення та їх недопущення в майбутньому.

Стосовно конкретних видів покарань та інших кримінально-правових заходів, то Федеральні інструкції досить ретельно описують такі з них, як реституція, штраф і пробація. При цьому грошове покарання у виді штрафу є найбільш поширеним покаранням для корпорацій-порушників. Санкції федеральних кримінально-правових заборон, присвячених економічним злочинам, це лише підтверджують: у них переважно зазначено, що штраф до компанії, визнаної винуватою у вчиненні злочину, є удвічі більшим, ніж у випадку вчинення певного злочину фізичною особою. Відповідно до глави 8 Федеральних інструкцій з призначення покарань штраф для корпорацій становить найбільшу величину з таких трьох показників: 1) нормативно затверджена таблиця розмірів штрафів залежно від рівня тяжкості злочину (від 5 тис. дол. до 72,5 млн. дол.); 2) доходи, отримані корпорацією внаслідок вчинення злочину; 3) збитки, заподіяні корпорацією внаслідок вчинення злочину (лише в межах винного ставлення до заподіяння таких збитків) [45].

Цей вид покарання в контексті його застосування до компаній має свій набір переваг і вад. Серед очевидних «плюсів» – передусім відносна легкість застосування такого покарання порівняно з іншими. До того ж зберігається достатня «життєдіяльність» компанії у посткримінальному середовищі – зберігаються робочі місця, продовжують регулярно сплачуватись податкові та інші обов'язкові платежі, виплачуються дивіденди акціонерам, споживачі продовжують отримувати свої улюблені товари чи послуги тощо. Штрафи спрямовуються і на поповнення бюджету правоохоронних відомств; відповідно, з'являються додаткові ресурси для протидії злочинності, що має лише вітатись суспільством. Нарешті, американські суди уповноважені законом передавати частину накладеного на компанію кримінального штрафу потерпілим від злочину в порядку відновлення їх порушених прав і свобод.

Так, 9 липня 2014 р. міжнародний банк «BNP Paribas S.A.» (штаб-квартира знаходиться у м. Париж) уклав з офісом федеральної прокуратури в м. Нью-Йорк угоду про визнання вини. Як випливає з інформації про висунуте обвинувачення, протягом 2004–2012 рр. цей банк цілеспрямовано здійснив серію фінансових переказів із частковим застосуванням банківської системи США на користь клієнтів у Судані, Ірані та Кубі на загальну суму понад 8,8 млрд. дол. Тим самим було порушено вимоги федерального законодавства США про накладення та збереження економічних санкцій стосовно цих трьох країн. На підставі угоди про визнання банком своєї вини він був зобов'язаний перерахувати на користь федерального бюджету 8,333 млрд. дол. як конфіскацію незаконно переміщених коштів, а також сплатити 140 млн. дол. кримінального штрафу [46].

Разом з тим штраф як вид покарання, що застосовується до компаній, не позбавлений вад. Зокрема, розмір штрафу повинен бути достатньо великим, щоб попередити чи покарати протиправну поведінку великої корпорації. Керуючись суто економічним підходом, деякі американські дослідники обстоюють точку зору, згідно з якою штраф повинен явно перевищувати очікуваний компанією дохід від протиправної поведінки, а так само включати ризики викриття такої поведінки. Наприклад, якщо корпорація «планує заробити» на злочині 100 млн. дол., а вірогідність виявлення злочину становить 25%, то реальний стримуючий ефект від штрафу починається з відмітки в 400 млн. дол. Однак якщо кримінальний штраф є занадто великим, корпорація може поставити питання про порушення судом VIII поправки до Конституції США, яка забороняє, поміж іншого, накладати надмірні штрафи. При всьому цьому сучасній правозастосовній практиці США відомі випадки сплати компаніями колосальних штрафів у зв'язку з кримінальним переслідуванням. Так, швейцарський банк «UBS AG» за реалізацію масштабної схеми ухилення від сплати податків, пов'язаної з використанням анонімних рахунків американських клієнтів в офшорних юрисдикціях, на яких було розміщено понад 20 млрд. дол., був вимушений сплатити у вигляді штрафних санкцій 780 млн. дол. [47].

Ще однією проблемою, пов'язаною із застосуванням кримінального штрафу до корпорації, є практика перекладання фінансового тягаря на третіх осіб, включаючи споживачів, про що вже йшлося вище.

До речі, на думку вітчизняного дослідника А. Яценка, діюче на сьогодні в Україні термінологічне позначення способів кримінально-правового реагування у разі порушення заборон уповноваженою особою юридичної особи саме як заходів кримінально-правового характеру обумовлено виключно правовою природою юридичних осіб, які не можуть відчувати негативних наслідків, властивих покаранню [48, с. 217]. Натомість М. Хавронюк пише про те, що КК України, передбачаючи серед заходів кримінально-правового характеру щодо юридичної особи штраф, ігнорує його правову суть, адже визначає його не як вид покарання. Оскільки розмір штрафу, застосованого до юридичної особи, може бути великим і за законом зменшенню не підлягає, його наслідком часто може бути банкрутство підприємства, а тому штраф переслідує винятково мету покарання [2, с. 393–394].

Цікаво, що професор школи права Джорджтаунського університету Дж. Коффі висунув у 1985 р. радикальну на той час теорію про застосування до винуватих корпорацій штрафів у формі не грошей, а акцій чи інших цінних паперів компанії. За задумом науковця, у разі застосування такої санкції суд своїм рішенням зобов'язував би корпорацію здійснити додатковий випуск акцій, а далі ці цінні папери вносились би на рахунки спеціально створеного фонду компенсації жертвам злочину, з якого вони згодом розподілялись пропорційно між потерпілими. Такий «штраф на капітал» компанії фактично розділяє корпоративний «пиріг» на більшу кількість менших шматочків, а потім частину цих шматочків перерозподіляє між всіма потерпілими від злочину пропорційно до розміру заподіяної їм шкоди [49, с. 21].

До очевидних переваг наведеного підходу можна віднести те, що: 1) штрафи у формі вилучення корпоративного капіталу не створюють дефіциту обігових коштів чи ліквідних активів, як це відбувається у випадку накладення традиційного грошового штрафу; 2) не виникає небезпека банкрутства компанії чи ворожого поглинання її іншою корпорацією, працівники не звільняються з роботи та не втрачають свої соціальні пакети, бізнес продовжується у більш-менш нормальних умовах; 3) засуджена компанія не повинна шукати швидкі і не завжди вигідні способи додаткового залучення капіталу, звертаючись до додаткового кредитування або підняття цін на свою продукцію; 4) штрафи на капітал дають фондовому ринку більше важелів контролювати і перевіряти діяльність компанії. Загроза штрафів у формі вилучення капіталу спонукатиме менеджмент корпорації, який в США традиційно володіє значними пакетами акцій своїх компаній, утримуватись від реалізації сумнівних схем ведення бізнесу в погоні за надприбутками. Своєю чергою, фінансові аналітики, брокери та інші представники фондового ринку зможуть на ранніх стадіях ідентифікувати небезпечну поведінку корпорацій і високий ризик їх кримінального переслідування – через публічне виявлення цих ризиків вартість акцій компанії почне одразу знижуватись, а це означатиме, що реальний фінансовий вирок буде реалізовано навіть ще до вироку юридичного.

Основний же аргумент проти пропонованої схеми штрафу зводиться до того, що «штраф на капітал» карає не стільки саму корпорацію, скільки її акціонерів, які можуть навіть і не здогадуватись, які незаконні схеми «прокручував» топ-менеджмент компанії. Противники ідеї Дж. Коффі застерігають, що навіть у випадку

ухвалення відповідних нормативних положень на федеральному чи штатному рівнях суди, скоріш за все, будуть на стороні звичайних акціонерів і не призначатимуть таке покарання. Дж. Коффі, виправдовуючи в цій частині свою позицію, зазначає, що акціонери зазвичай фінансово виграють від корпоративних зловживань, оскільки керівництво прагне у протиправний спосіб максимізувати прибуток компанії, істотно збільшивши в такий спосіб дивіденди і ринкову вартість акцій. Виходить, що акціонери стають такими собі «пасивними співучасниками» корпоративного злочину; отже, всі вони можуть і повинні віддати частину свого незаконно збільшеного капіталу невинним жертвам протиправного діяння корпорації [49, с. 22].

Цікаво, що в теперішній час угоди про відмову від кримінального переслідування та про призупинення кримінального переслідування, хоч і поєднані зі значними фінансовими санкціями, сприймаються корпораціями, як і федеральними прокурорами як оптимальні важелі впливу на допущені правопорушення. Водночас угоди про визнання вини або засудження за результатами судового розгляду кримінальної справи, навіть якщо вони поєднані з призначенням менших штрафів, для багатьох компаній означатимуть одне – «смерть» корпорації, а точніше її банкрутство через втрату бізнесу у висококонкурентному економічному середовищі. Дійсно, якщо подивитись на наслідки засудження корпорації чи укладення угоди з прокуратурою про визнання нею вини, то в більшості випадків неюридичні наслідки таких форм кримінального провадження є набагато серйознішими, ніж безпосередньо кримінально-правові. До таких наслідків можна віднести втрату існуючих клієнтів та неможливість залучення нових, втрату довіри у партнерів та контрагентів, втрату позитивного іміджу в суспільстві, істотне зниження або повну втрату ділової репутації, втрату підтримки та «корпоративного духу» серед працівників корпорації. Наведемо відповідний приклад із федеральної судової практики – справу «United States v. Andersen» (2004 р.).

Одну з п'яти найбільших станом на 2002 р. аудиторських компаній світу «Arthur Andersen, LLP» (на той момент у компанії працювало 85 тис. працівників, а дохід за 2001 р. склав 9,3 млрд. дол.) було обвинувачено в протиправному втручанні в процес розслідування аудиторських послуг на користь одного з її основних клієнтів – корпорації «Enron», що проводилось федеральною Комісією з цінних паперів. На момент засудження компанії федеральним окружним судом у м. Хьюстон до сплати кримінального штрафу у 500 тис. дол. та до пробації строком на п'ять років, весь її бізнес уже фактично було зруйновано – майже всі клієнти пішли з компанії протягом декількох місяців кримінального розслідування та судового процесу. У подальшому скасування вироку ВС США у 2005 р. вже не мало значення: аудиторська фірма «Arthur Andersen, LLP» не змогла відродитись, а працівники не повернулись на робочі місця [50]. Як наслідок, «велика п'ятірка» світового консалтингового бізнесу стала «великою четвіркою».

Серед інших кримінально-правових заходів, що можуть застосовуватись у США до засуджених корпорацій, слід також назвати пробацію. Це своєрідна форма випробування, максимальний строк якої не може перевищувати 5 років. Юридичні підстави та ключові характеристики пробації закріплені в підглаві «В» глави 227 федерального КК (§§ 3561–3566). У США призначення пробації в частині її застосування до фізичних та юридичних осіб має істотні відмінності. Якщо при застосуванні до індивідуальних правопорушників пробація переслідує головним чином мету реабілітації та, меншою мірою, обмеження правового статусу засудженого, то при застосуванні пробації до корпорації вона виконує переважно цілі утримування від подальших проявів протиправної поведінки та відплати.

Американські фахівці виокремлюють два основних види корпоративної пробації – агресивну та неагресивну. Агресивна пробація передбачає активне зовнішнє втручання в діяльність корпорації шляхом зміни її структури, виробничого циклу, практики ведення бізнесу з метою унеможливити аналогічні прояви протиправної поведінки в майбутньому. У вироку суд може передбачити зміни в складі менеджменту компанії, призначити спеціальну наглядову раду чи незалежну комісію з безпеки виробництва, поставити умови компенсації топ-менеджменту компанії в залежність від виконання ним професійних обов'язків у частині забезпечення законності та безпечних умов праці тощо.

Наприклад, на межі 70-х – 80-х рр. минулого століття корпорацію «Allied Chemical» було обвинувачено в забрудненні значної частини Чесапікської затоки (штат Вірджинія) небезпечною хімічною речовиною «кепон». Під тиском громадськості та в результаті декількох кримінальних розслідувань і розгляду цивільних позовів корпорація була вимушена ухвалити нову стратегію безпеки виробництва, відповідно до якої третина фонду оплати праці топ-менеджменту безпосередньо залежала від якості контролю за безпечними умовами виробництва хімічних речовин. Як наслідок, кількість професійних захворювань і нещасних випадків на виробництві в подальшому скоротилась на 75% [51].

Противники ідеї агресивної пробації вказують на її неефективність через зовнішнє (нерідко непрофесійне) втручання в бізнес-процеси компанії. Зокрема, через таку пробацію може ставитись «під удар» законна діяльність керівництва компанії, їх обов'язки перед акціонерами, партнерами і споживачами. Разом з тим зрозуміло, що вказана пробація переважно якраз і застосовується у випадках невиконання топ-менеджментом вимог закону.

Так звана неагресивна пробація полягає в тому, що суд покладає на компанію обов'язок реалізувати або профінансувати певні соціальні проекти (програми), певною мірою пов'язані з ліквідацією наслідків вчиненого порушення (заснувати благодійну фундацію чи науково-освітній центр, підтримати проекти наукових, культурних, правоосвітніх установ, профінансувати медичні дослідження чи створення профільних медичних установ, заснувати програму стипендій чи грантів у певній сфері тощо). Щоправда, і такий захід інколи критикується: опоненти вказують на небезпеку проявів фаворитизму з боку судів, які нав'язуватимуть своє бачення або свої симпатії в частині примусової реалізації соціальних проектів [52, с. 637].

У справі «United States v. Danilow Pastry Co.» (1983 р.) суд у межах пробації компанії передбачив виробництво та доставку хлібобулочної продукції декільком релігійним громадам для подальшого розподілу між соціально незахищеними верствами населення. Призначаючи такий кримінально-правовий захід, суд виходив з того, що він матиме максимальний реабілітаційний ефект для засудженої корпорації, адже: санкція пов'язана з основним видом діяльності компанії; вплив санкції поширюється через компанію далі на всіх її працівників; існує прямий триваючий зв'язок між реалізацією такої санкції та суспільною користю [53].

Ще один аспект критики пробації як заходу щодо корпорацій-зловмисників зводиться до того, що його превентивна сила може істотно знизитись через можливість прорахувати його умовну «вартість», адже всі процеси в будь-якій комерційній компанії побудовані на грошових засадах. У такому випадку топ-менеджмент буде просто прораховувати ризики від застосування пробації як окремої фінансової категорії і залежно від її «вартості» вибудовувати лінію поведінки або ж взагалі включатиме відповідні ризики у вартість продукції (послуг). Наразі ніхто не хоче знову побачити проведення корпорацією цинічних підрахунків за формулою «прибуток за рахунок життя», як це зробила свого часу компанія «Ford».

На сьогодні в США розроблені (принаймні на теоретичному рівні) і інші види санкцій для корпорацій, більшість з яких мають комбіновану матеріально-процедурну природу і далеко не всі з яких мають чітко виражений кримінально-правовий зміст. Так, квазіпокаранням компанії може слугувати публічне висвітлення вчиненого правопорушення в медіапросторі. Відповідні публікації на веб-сайтах державних правоохоронних відомств та у ЗМІ, фахові повідомлення для професійних спільнот (зокрема, для фондових брокерів та інвесторів), пости у соціальних мережах – усе це може створити негативний образ компанії в суспільстві. За висококонкурентних умов ведення великого бізнесу корпоративний імідж має неабияке значення і досить точне фінансове вираження. Прикладом такого впливу на поведінку компаній є регулярні інформаційні повідомлення на веб-сторінці Генеральної прокуратури США, що дублюються на сайтах місцевих прокуратур, у яких наводиться стисла інформація про обставини і наслідки корпоративних правопорушень.

Для порівняння: чинний КК Франції містить досить широкий перелік санкцій, які можуть застосовуватись до юридичних осіб. Вважається, що таке покарання, як афішування прийнятого судом рішення про визнання юридичної особи винуватою у злочині або поширення інформації про таке рішення через пресу або з використання будь-яких аудіовізуальних засобів, є дієвою санкцією щодо тих юридичних осіб, які дорожать своєю репутацією в суспільстві [54, с. 69–79].

29 серпня 2005 р. на сайті Міністерства юстиції США з'явилась інформація про кримінальне переслідування однієї з найбільших аудиторських компаній світу «KPMG» і семи її працівників. Із тексту офіційної заяви випливало, що компанія в особі своїх уповноважених представників протягом 1996–2003 рр. розробила та активно реалізовувала серед заможних клієнтів декілька консалтингових продуктів, спрямованих на істотне зниження податкових зобов'язань через штучне завищення витрат у звітних податкових періодах. Податкові перевірки і подальші кримінальні розслідування виявили, що компанія використовувала серію незаконних схем, у т. ч. з використанням офшорних юрисдикцій для заниження та подальшого некоректного відображення сум податків, належних до сплати клієнтами. Фахівці підраховували, що матеріальні збитки у вигляді несплачених державі сум податків склали понад 2,5 млрд. дол. За результатами укладання угоди про призупинення кримінального переслідування компанія «KPMG» зобов'язалась сплатити 456 млн. дол. як відшкодування заподіяної шкоди, а також сплатити кримінальні і цивільні штрафи [55]. Висвітлення цієї кримінальної справи в офіційних прес-релізах і на сторінках впливових ЗМІ мало серйозний негативний вплив на діяльність компанії-порушника протягом наступних років.

Повідомлення про будь-яке корпоративне зловживання в ЗМІ тісно пов'язане з істотним погіршенням або втратою ділової репутації корпорації. Погіршення (втрата) ділової репутації в деяких випадках є більш ефективним «покаранням», ніж штраф, оскільки воно не має конкретної грошової прив'язки чи часових обмежень і, більше того, має безпосередній ефект як для менеджменту, так і звичайних акціонерів. Адже погіршенні (втрата) ділової репутації здатне призвести до падіння вартості акцій компанії, в результаті чого акціонери втрачають частину капіталу, а топ-менеджмент втрачає бонуси чи отримує меншу компенсацію. З іншого боку, якщо розглядати погіршення ділової репутації як окремий різновид кримінально-правового впливу на корпорацію, то порівняно зі штрафом він є більш витратним і потребує більше часу для застосування. Також проблематично точно визначити розмір фінансових втрат для корпорації при застосуванні

«атаки на репутацію», що створює значні процесуальні перешкоди, адже кримінальне провадження не може ґрунтуватись на припущеннях [56, с. 1507].

Серед значно менш поширених різновидів кримінальних санкцій для корпорацій можна назвати (звичайно, з високим ступенем умовності цих понять) «позбавлення волі» та «смертну кару». Під першим розуміються різноманітні форми «корпоративного карантину»: це – заборона займатися певним видом діяльності чи випускати певну продукцію; заборона здійснювати господарську діяльність у певному штаті (штатах); скасування державних замовлень чи контрактів; анулювання спеціальних ліцензій чи дозволів; повна чи часткова заборона займатись зовнішньоекономічною діяльністю.

Під другою названою санкцією слід розуміти примусову ліквідацію корпорації – радикальний захід, який сьогодні майже не застосовується на практиці. Федеральне законодавство дозволяє примусове припинення існування компаній за окремі найбільш небезпечні порушення антитрестівського законодавства в той час, як законодавства штатів містять дещо ширший перелік підстав для застосування такого покарання. Науковці ж звертають увагу на явну загрозу значних суспільних наслідків у випадку кримінально-правової ліквідації юридичної особи (втрата робочих місць, заощаджень, бюджетних надходжень тощо). Адекватність наслідків такого покарання характеру та наслідкам корпоративного суспільно небезпечного посягання фактично нівелюється. До речі, в Україні судом на сьогодні до юридичних осіб може бути застосований і такий захід кримінально-правового характеру, як ліквідація.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати такі узагальнюючі висновки.

По-перше, кримінальна відповідальність корпорацій у США, закріпившись у вигляді окремого комплексного інституту, постійно реалізується на практиці і давно перестала бути якимось незвичним юридичним феноменом. Для цього інституту притаманним є тісний взаємозв'язок положень матеріального кримінального права, кримінально-процесуального права і положень регулятивного законодавства. Очевидно, що цей комплекс є унікальним, властивим саме американській правовій системі і в будь-якому разі відмінним від вітчизняних правових реалій. Навіть публікації в юридичних виданнях, підручники та монографії американських науковців, присвячені проблемам економічних злочинів і кримінальної відповідальності корпорацій за їх вчинення, які, до речі, однозначно спростовують сумнівну тезу деяких вітчизняних дослідників про надто слабе теоретичне обґрунтування кримінальної відповідальності юридичних осіб в США [57, с. 6], змістовно охоплюють не лише власне кримінально-правову матерію, а і пов'язані з нею кримінально-процесуальні положення, матеріали правозастосовної практики і норми, покликані визначати межі легальної бізнесової діяльності.

По-друге, відповідь на питання про причини появи та подальшого розвитку інституту кримінальної відповідальності корпорацій у США лежить не стільки в кримінально-правовій площині, скільки в площині потреб, пов'язаних із загальним розвитком суспільства, і передусім у частині формування та охорони засад ринкової економіки. Розглянуті вище матеріали федеральної судової практики наочно демонструють масштаби корпоративних зловживань і той рівень небезпеки для суспільства, який діяльність сучасних корпорацій може створити за відсутності надійних нормативних та правоохоронних бар'єрів. На думку багатьох представників американської юридичної спільноти, саме норми кримінального права і пов'язана з ними висока ефективність правозастосування здатні виконувати роль таких бар'єрів, що підтверджується сучасною практикою кримінального переслідування корпорацій.

По-третє, проводячи паралелі між Україною і США та обґрунтовано критикуючи окремі положення розділу XIV-1 Загальної частини нашого КК, водночас варто зважати на те, що за допомогою норм лише цивільного, господарського, податкового та інших галузей регулятивного законодавства ситуацію з системними проявами протиправної діяльності великих комерційних організацій, вочевидь, виправити не вдасться. І «квазікримінальна» відповідальність юридичних осіб, врешті-решт запроваджена в Україні в законодавчому порядку як така собі компромісна модель, потенційно може стати тут у нагоді. Разом із тим не можна ігнорувати ту продемонстровану вище обставину, що становлення і розвиток інституту кримінальної відповідальності корпорацій в США є тривалим, складним і пов'язаним із постійним застосуванням методу «спроб і помилок» процесом – процесом, який є вельми самотнім для кожної держави, що вирішила запровадити таку відповідальність.

По-четверте, досвід США, як слушно зазначає Т. Файрстоун, демонструє те, що інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб є потужною правозастосовною зброєю, здатною викликати катастрофічні наслідки для великої кількості ні в чому невинуватих осіб. Тому при запровадженні цього інституту в кримінальне законодавство тієї чи іншої країни потрібно одночасно ухвалити жорсткі директиви для прокурорів і суддів з тим, щоб забезпечити відповідальне і належне застосування цієї зброї – вона має бути задіяна для покарання і стримування корпоративних правопорушень, а не для вимагання [29, с. 609]. Жодних подібних директив в Україні після ухвалення і навіть після набрання чинності Законом від 23 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України щодо відповідальності юридичних осіб», який запровадив заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, розроблено не було. Разом з тим не викликає

сумнівів, що виважене застосування таких заходів передбачає сумлінність правозастосувача, його правову культуру, політичну та економічну незаангажованість. За їх відсутності відповідна законодавча матерія, навіть виписана з теоретичної точки зору максимально якісно і виважено, спроможна перетворитись у зручний засіб перерозподілу власності і ведення недобросовісної конкуренції, черговий корупціогенний чинник.

1. Dervan L. Reevaluating Corporate Criminal Liability: the DOJ's Internal Moral-Culpability Standard for Corporate Criminal Liability / L. Dervan // *Stetson Law Review*. – 2011. – № 41. – P. 7–20.
2. Дудоров О. О., Кримінальне право : навчальний посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / заг. ред. М.І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.
3. Орловська Н. Про модель кримінально-правового впливу на юридичну особу в Україні / Н. Орловська // *Юридична Україна*. – 2014. – № 2. – С. 125–130.
4. Лихова С. Я. Юридичні особи як суб'єкти кримінальної відповідальності за КК України / С. Я. Лихова // *Юридичний вісник*. – 2014. – № 4. – С. 128–132.
5. Михайлов О. О. Юридична особа як суб'єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його застосування в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Михайлов Олександр Олександрович. – К., 2008. – 190 с.
6. Пасєка О. Ф. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Пасєка Олександр Федорович. – Львів, 2010. – 20 с.
7. Сотніченко В. С. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сотніченко Володимир Степанович. – К, 2013. – 219 с.
8. Яремко Г. З. Система заходів кримінально-правового характеру / Г. З. Яремко // *Часопис Академії адвокатури України*. – 2014. – № 4. – С. 89–96.
9. Андрушко П. П. Щодо відповідальності юридичних осіб за корупційні правопорушення у вигляді застосування до них заходів кримінально-правового характеру / П. П. Андрушко // *Бюлетень Міністерства юстиції України*. – 2013. – № 3. – С. 104–116.
10. The Concise Oxford Dictionary of Quotations, 2d ed.: Oxford U. Press, 1981. – 464 p.
11. Anonymous Case (No. 935), 88 Eng. Rep. 1518, 1518 (K.B. 1701).
12. People v. Corporation of Albany, 11 Wend. 539, 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834).
13. Brickey K. Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation / K. Brickey // *Washington University Law Quarterly*. – 1981. – № 60. – P. 393–423.
14. Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 68 Mass. (2 Gray) 339 (1854).
15. LaFave W., Scott A. Substantive Criminal Law / W. LaFave, A. Scott. – 2d Ed., St. Paul, MN: West Publishing, 1986.
16. Bishop's Criminal Law. 8-th Ed. 2 Vols, 1892.
17. Есаков Г. А. Mens rea в уголовном праве США : историко-правовое исследование / Предисловие докт. юрид. наук, проф. О. Ф. Шишова / Г. А. Есаков. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 553 с.
18. Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth, 172 Mass. 294 (1899).
19. United States v. Van Schaick, 134 F. 592 (1904).
20. People v. Rochester Railway & Light Co., 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909).
21. Schneeman A. The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships. 2nd ed. / A. Schneeman – New York: Delmar Publishers, 1997. – p. 173–179.
22. Doelder H. Criminal Liability of Corporations / H. Doelder, K. Tiedemann. – Hague : Kluwer Law International, 1996. – p. 388–394.
23. Есаков Г. Юридическое лицо и ответственность (о новом английском законе) / Г. Есаков // *Уголовное право*. – 2007. – № 6. – С. 16–20.
24. Fisse B. The duality of corporate and individual criminal liability / B. Fisse // *Corporations as criminals* / Ed. by Hochstedler E. – Beverly Hills etc.: Sage publ., 1985. – P. 69–84...

СПЕЦИФІКА ЮРИДИЧНОЇ ПОМИЛКИ ПРИ ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ЗМІШАНОЮ ПРОТИПРАВНІСТЮ¹

Вчиняючи злочин, передбачений кримінально-правовою нормою з бланкетною диспозицією (інакше кажучи, злочин із змішаною протиправністю), суб'єкт порушує вимоги як кримінального закону, так і іншого галузевого джерела права, до якого відсилає зазначена диспозиція. Відповідно, при кваліфікації злочинів із змішаною протиправністю повинні встановлюватись ознаки, які містяться не тільки у кримінальному законі, а й у відмінних від нього нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах і правових звичаях, покликаних конкретизувати вимоги кримінального закону, і за ступенем обов'язковості встановлення ці ознаки є однаковими.

Не дивлячись на добре відомі фахівцям переваги, бланкетний спосіб викладення диспозицій у статтях Особливої частини КК України має і свої вади, пов'язані передусім із кричущою нестабільністю вітчизняного регулятивного законодавства, породжує серйозні проблеми як теоретичного (концептуального), так і практичного характеру. Однією з таких проблем, яка належить у сучасній кримінально-правовій доктрині до числа гостро дискусійних, є проблема специфічного змісту умислу в злочинах із змішаною протиправністю, а також релевантності юридичної помилки при вчиненні цих злочинів. Різними дослідниками висловлюються діаметрально протилежні судження стосовно названої проблеми – від несприйняття як такої, що нібито суперечить конституційній презумпції знання закону, постановки питання про можливість помилки особи в оцінці правомірності вчиненого нею діяння до висунення конкретних пропозицій, спрямованих на те, щоб у законодавчому порядку врахувати специфіку психічного ставлення особи до вчиненого у складах злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями, і до переконаності в тому, що неврегульованість цих питань у чинному законодавстві породжує небезпеку засудження без вини. Спробуємо з'ясувати, яка з вказаних наукових позицій є більш переконливою і такою, що відповідає потребам правозастосування і відповідному зарубіжному досвіду та, як наслідок, чи повинен КК України містити розраховану у тому числі на злочини із змішаною протиправністю норму про такий різновид *error juris*, як помилка суб'єкта щодо злочинності або незлочинності вчиненого ним діяння.

Передусім хотів би зауважити, що заперечувати проти включення до вітчизняного КК норми про розглядуваний різновид юридичної помилки, посилаючись на закріплене в ч. 2 ст. 68 Конституції України положення «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» означає ігнорувати ту обставину, що вказана презумпція належить до числа спростовних (оспорюваних). Тобто це усталене, апробоване на практиці і закріплене в законі правило, яке правильно відображає більшість ситуацій, на які воно розраховане, але яке водночас надає можливість в інших ситуаціях спростувати таке правило, врахувати неохоплювану презумпцією специфіку конкретного випадку.

Тут, мабуть, не буде зайвим нагадати, що ще М. Таганцев виходив із можливості спростувати в судовому порядку припущення знання заборон, за винятком заборон на вчинення тяжких злочинів на кшталт вбивства, зґвалтування, крадіжки, уявлення про заборонність яких кожна людина отримує ще з юнацької пори [1]. З такою диференціацією кримінально караних діянь перегукуються слова Г. Єсакова про те, що сфера презумпції знання кримінального закону як формально-юридичного обґрунтування максими *ignorantia juris* має обмежуватись злочинами, які апріорно заслуговують на моральний осуд [2]. Варто сказати і про те, що включення до КК Франції норми про юридичну помилку (а точніше норми про помилку щодо правомірності вчиненої дії) як обставину, що виключає кримінальну відповідальність (ст. 122-3), пояснюється криміналізацією таких діянь, злочинний характер яких не є очевидним («не лежить на поверхні»), – різноманітних правопорушень в економічній, податковій, митній, фармацевтичній та інших сферах [3].

Необхідно враховувати і те, що конституційна презумпція знання закону, належним чином оприлюдненого, не є самодостатньою і при вирішенні питань, пов'язаних із кримінальною відповідальністю за порушення приписів регулятивного законодавства, повинна братись до уваги у взаємозв'язку з іншими вихідними засадами, закріпленими в Основному Законі країни. З цього приводу П. Маланчук слушно зазначає, що згідно зі ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях, а презумпція знання закону якраз і є припущенням того, що людина закон знає. Буквальне ж дотримання положення «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» призводить до того, що фактично стосовно багатьох господарських злочинів діє не конституційний принцип презумпції невинуватості, а, навпаки, – неоспорювана презумпція винуватості. «Такий стан справ є неприпустимим з точки зору забезпечення прав особи, що притягується до кримінальної відповідальності» [4].

Так, якщо за сьогоденного стану податкового законодавства України – стану позамежної складності презумпцію обізнаності платника з його приписами бездумно і некритично перевести в кримінально-правову

¹ Стаття опублікована: Право України. – 2011. – № 9. – С. 82–91.

площину, то будь-яке порушення податкового законодавства, яке має своїм наслідком фактичне ненадходження до бюджетів коштів у відповідних розмірах, автоматично розглядатиметься як підстава для застосування ст. 212 КК, що передбачає відповідальність за умисне ухилення від сплати податків і зборів – типовий злочин із змішаною протиправністю. Утім, конституційний принцип презумпції невинуватості зобов'язує правозастосовний орган спростувати посилення платника податків (його службової особи) на те, що він не знав про ту чи іншу вимогу нормативно-правового акта або (і це наразі є вельми актуальним саме для кримінально-правової оцінки злочинних порушень податкового законодавства) зрозумів цю вимогу неналежним чином.

В аналізованому контексті цікавим і певною мірою повчальним є досвід США. Судова практика цієї країни виробила так зване податкове виключення з максими *ignorantia juris*, яке дозволяє уникати кримінальної відповідальності за вчинення федерального податкового злочину у випадку відвертого незнання про існування або нерозуміння положень податкового законодавства та яке вимагає від обвинувачення доказувати, що податковий правопорушник знав про кримінальну караність своїх дій. Вважається, що, якщо послідовно втілювати у сфері кримінально-правової протидії податковим злочинам загальну презумпцію правової обізнаності особи, то за вчинення податкового злочину міг би бути засуджений, наприклад, укладач податкової декларації, який неправильно витлумачив положення великого за обсягом і навантаженого юридичною лексикою Кодексу внутрішніх доходів. Так само необізнаний платник податків міг би бути несправедливо засуджений за порушення відверто колізійної норми, стосовно правильного тлумачення і застосування якої немає однакового підходу навіть серед експертів із питань податкового права.

Слід зазначити, що в окремих штатах США проблема значущості юридичної помилки вирішена безпосередньо на законодавчому рівні. Обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, визнається розумна впевненість особи в правомірності своєї поведінки – за умови, що особа, зокрема, покладалась на офіційну думку або тлумачення закону (КК штату Техас) або проявила старанність у використанні доступних засобів для з'ясування злочинності своєї поведінки (КК штату Нью-Джерсі) [5]. Цікаво, що в подібному ключі розмірковує один із провідних на теренах СНД фахівців із проблематики суб'єктивної сторони злочину О. Рарог. На його думку, роз'яснення компетентного працівника правоохоронного органу про правомірність поведінки особи дозволяє вести мову про те, що помилка особи стосовно протиправності свого діяння може бути вибачена і слугувати підставою для непритягнення особи до кримінальної відповідальності [6]. Ця точка зору імпонує В. Бурдіну, який пише, що «неправильне розуміння правового значення вчинюваного особою діяння та його наслідків може бути спричиненим неправильним роз'ясненням компетентною особою змісту нормативно-правового акту» [7].

Так, платник податків, який отримав від компетентного органу податкове роз'яснення, цілком природно вправі розраховувати на те, що це роз'яснення є кваліфікованим і ґрунтується на вимогах чинного законодавства. Якщо особа, визначаючи суму податкового зобов'язання, бере до уваги офіційне розуміння окремих положень податкового законодавства, зафіксоване в податковому роз'ясненні, наданому на її запит контролюючим органом, немає підстав стверджувати, що вимоги податкового законодавства порушені цією особою умисно, а отже, що нею вчинено злочин, передбачений ст. 212 КК України. Те, наскільки податкове роз'яснення, у встановленому порядку отримане платником податків, узгоджується з податковими роз'ясненнями, що мають пріоритет, як і з вимогами власне податкового законодавства, вочевидь, не впливає на кримінально-правову оцінку вчиненого, яка в розглядуваній ситуації має даватись з урахуванням відсутності ознак суб'єктивної сторони складу злочину «ухилення від сплати податків і зборів». Результатом надання і сприйняття податкового роз'яснення є підстави визнавати впевненість платника податків у правомірності своєї поведінки, що означає неправильне уявлення особи про юридичні властивості вчиненого нею діяння та одноznачно виключає умисел як обов'язкову в цьому разі суб'єктивну ознаку.

Проблема кримінально-правового значення податкових роз'яснень загострюється у зв'язку з їх нестабільністю і суперечливістю. Фахівці зазначають, що податкове законодавство у більшості складних випадків можна розуміти по-різному, інколи діаметрально протилежно. Як наслідок, в Україні нерідко змінюється позиція контролюючих органів, відображена в податкових роз'ясненнях, а платник податків вимушений реагувати на такі несподівані «прозріння» фіскалів. Сьогоднішнє податкове законодавство є аморфним рухливим «боло-том», фактичне застосування якого залежить не стільки від втіленої у тексті закону волі законодавця, скільки від відомчої правотворчості податкових органів [8]. При цьому, як самокритично визнають самі податківці, листи-роз'яснення, узагальнюючі роз'яснення, накази, інструкції та інші документи ДПА України, за загальним правилом, містять положення, які або відсутні у текстах законів, або перекирчують зміст останніх [9].

У будь-якому разі фактично маються на увазі ситуації, коли презумпція знання (розуміння) платником приписів податкового законодавства «не спрацьовує» (спростовується), що чинить вплив на оцінку психічного ставлення особи до податкового правопорушення та його наслідків, а отже, і на кримінальну відповідальність за таке правопорушення. Як і П. Андрушко [10], вважаю, що незнання законодавства чи неправильне його застосування за певних умов може розглядатись як прояв необережної форми вини у діях (бездіяльності)

платника податків чи його службової особи. О. Костенко також переконаний у тому, що неправильне тлумачення закону у випадку порушення останнього виключає вину у формі умислу, але не виключає необережність, і пропонує безпосередньо в КК регламентувати особливості встановлення вини при незнанні закону та при його неправильному застосуванні. Як приклад «правозастосовчої необережності» вченим наводиться ситуація з порушенням вимог антилегалізаційного законодавства з боку призначеного за здійснення фінансового моніторингу співробітника банку, який неправильно витлумачив положення відповідного законодавства та якого безпідставно притягували до відповідальності за вчинення умисного злочину, передбаченого однією з частин ст. 209-1 КК [11].

Твердження опонентів наведеної позиції про те, що формулювання норми про юридичну помилку, розрахованої на злочинні діяння із змішаною протиправністю, ігноруватиме закріплену в ст. 24 КК України інтелектуальну ознаку умислу, при бажанні може бути розцінене як вияв такого собі надмірного юридичного позитивізму, який виходить з того, що всі положення чинного КК є ідеальними, правильними, розумними, а тому змінювати їх в жодному разі не потрібно.

Переконаний у тому, що у випадку вчинення злочину, передбаченого нормою КК із бланкетною диспозицією, усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння як характеристика умислу є похідним від розуміння суб'єктом протиправності своєї поведінки, визначеної регулятивним законодавством. Як дуже точно висловлюється з цього приводу І. Шишко, усвідомлення саме кримінальної протиправності при бланкетності норм КК практично мало що дає [12]. Нагадує це твердження теза І. Клепицького про те, що стосовно злочинів, передбачених бланкетними нормами КК, усвідомлення об'єктивних ознак складу злочину і фактичних обставин діяння в жодному разі не гарантує автоматичного усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння. Науковець визнає існування випадків, коли у зв'язку із складністю податкового законодавства усвідомлення формальної (податкової) протиправності набуває істотного значення для кваліфікації вчиненого [13]. Так, не повинен нести кримінальну відповідальність за умисне ухилення від сплати податків головний бухгалтер, який під час складання податкової звітності був впевнений у своїй правоті, хоча надалі господарські суди підтвердили незаконність поведінки платника податків і правомірність нарахування податковим органом фінансових санкцій за допущене податкове правопорушення. Висновок про те, що інтелектуальним елементом умислу податкового злочинця має охоплюватись усвідомлення конкретної податкової протиправності, зробила і Л. Брич, на думку якої «виною суб'єкта охоплюється розуміння своїх дій як протиправних також і з точки зору податкового права» [14]. Справді, без розуміння належним суб'єктом тієї обставини, що його діяння суперечить податковому законодавству, немає достатніх підстав вести мову про те, що цей суб'єкт усвідомлював і суспільну небезпеку свого діяння, тобто усвідомлення особою в такому випадку протиправності власної поведінки виступає способом усвідомлення її суспільної небезпеки. З точки зору застосування ст. 212 КК у винуватій особи має бути усвідомлена можливість зіставити свої вчинки із вимогами закону – як кримінального, так і податкового.

Обґрунтованість наведеної вище позиції підтверджується співзвучними їй міркуваннями науковців. Так, В. Лунєєв, оцінюючи помилку в кримінально-правовій забороні, пише, що для усвідомлення суспільної небезпеки злочинів, передбачених статтями КК із бланкетними диспозиціями, від особи вимагаються спеціальні знання або засвоєння змісту додаткових нормативних актів. Безумовна реалізація в цьому випадку традиційної презумпції (незнання закону не є виправданням) буде, на погляд згаданого вченого, класичним випадком об'єктивного інкримінування [15]. Розвиваючи викладену тезу, М. Фаткулліна стверджує, що в тому разі, коли суб'єкт не ознайомився і не мав можливості ознайомитись із новими правилами, які змінюють зміст кримінально-правової заборони з бланкетною диспозицією, він не може притягуватись до кримінальної відповідальності, оскільки в його діях відсутня не лише умисна, а і необережна вина [16].

К. Задоя обґрунтовано розрізняє «традиційні» злочини (вбивства, крадіжки, заподіяння тілесних ушкоджень тощо) і злочини, які становлять собою порушення встановлених або схвалених державою спеціальних правил тим, хто має їх дотримуватись (зокрема, злочини у сфері службової діяльності). Використання формули «усвідомлення особою протиправності свого діяння» стосовно злочинів другого виду видається автору допустимим на тій підставі, що в таких випадках усвідомлення суб'єктом соціально негативного характеру своїх дій відбувається передусім у зв'язку з відповідними спеціальними правилами [17].

Про усвідомлення бланкетних заборон як шлях до розуміння протиправності злочинів із спеціальним суб'єктом пише й О. Бойко, який вважає, що вимушена презумпція правової обізнаності правопорушників державу не прикрашає. Із належності вказаної презумпції до таких, що можуть бути спростовані, випливає, що справедливий закон повинен передбачати різні режими переслідування тих, хто знає, і тих, хто не знає кримінально-правову основу своєї поведінки. При цьому для настання кримінальної відповідальності потрібно, щоб злочинець знав зміст заборони, вказаної у бланкетному джерелі, і зовсім не обов'язково, що він знав про заборону в КК [18].

А. Наумов вважає, що шляхом конструювання в Особливій частині КК спеціальних складів злочинів, які становлять собою порушення різноманітних правил, законодавець пов'язує усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваного діяння з усвідомленням його протиправності. Якщо відповідний суб'єкт не знає правил, інструкцій чи інших документів, до яких відсилає бланкетна диспозиція кримінально-правової норми, то інтелектуальний момент умислу виключається, а тому особа, вважає дослідник, кримінальній відповідальності не підлягає [19]. Мабуть, варто зробити застереження: не підлягає кримінальній відповідальності за вчинення саме умисного злочину.

М. Панов і Н. Квасневська зазначають, що при встановленні змісту вини треба довести, що, порушуючи вимоги нормативно-правих актів, які входять до змісту бланкетної диспозиції, особа хоча б у загальних рисах усвідомлювала (могла усвідомлювати), що вона вчиняє протиправні дії. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати це, то кримінальна відповідальність повинна виключатись за відсутністю вини [20]. Звертає на себе увагу та обставина, що названі науковці не розглянули питання, як обстоювана ними позиція співвідноситься з конституційною презумпцією знання особою закону і легальною дефініцією умисної форми вини, інтелектуальною ознакою якої усвідомлення протиправності діяння на сьогодні не охоплюється.

На думку Н. Лопашенко, настав час у формулі вини передбачити для складів злочинів, в основу яких покладено порушення приписів інших галузей права, поряд з усвідомленням небезпеки свого діяння також усвідомлення його протиправності. Ігнорування проблеми усвідомлення протиправності щодо злочинів, передбачених нормами КК із бланкетними диспозиціями, на практиці призводить до об'єктивного інкримінування. Авторка цілком справедливо вказує на неправомірність і неетичність презумпції безумовного знання нормативних актів особами, включаючи тих, хто працює у регульованих цими актами сферах, якщо в таких численних і суперечливих нормативних актах нерідко не можуть розібратись кращі юристи країни, а то і Конституційний Суд держави [21]. Думка не нова: ще в 1926 р. Е. Немировський писав, що значна частина правових норм, які регулюють відносини в складному соціальному організмі, ставить у скрутне становище навіть юристів, у зв'язку з чим неусвідомлення правової заборонності діяння має визнаватись обставиною, що виключає умисел [22].

Норми про розглядуваний у цій статті різновид юридичної помилки відомі зарубіжному кримінальному законодавству (це, наприклад, § 9 КК Австрії, ст. 14 КК Іспанії, ст. 16 КК Республіки Корея, § 30 КК Польщі, § 20 КК Швейцарії, ст. 9 глави 24 КК Швеції, ст. 122-3 КК Франції, § 17 КК ФРН, ст. 38 КК Японії). Висновок про доцільність мати в КК України і КК РФ аналогічні положення, покликані сприяти більш повній реалізації принципу вини, роблять чимало українських і російських науковців (Л. Арчибасова, Б. Волженкін, Ю. Вапсва, Р. Вереша, М. Грінберг, М. Іванов, М. Кропачев, Л. Кругліков, В. Кулігін, В. Лунєєв, С. Скларов, М. Фаткулліна, М. Хавронюк, І. Шишко, В. Якушин та ін.), які цілком логічно, на мій погляд, пропонують диференціювати кримінально-правові наслідки вчиненого діяння залежно від того, наскільки сумлінно (вибачально) помилялась особа з питання про заборонність (протиправність) конкретного діяння. Нагадаю і те, що в проекті КК, підготовленому за завданням Комісії Верховної Ради України 12-го скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю колективом авторів на чолі з В. Смітєнком і внесеному на розгляд Верховної Ради України народним депутатом О. Матковським, серед обставин, які виключають караність протиправної дії або бездіяльності, фігурувала помилка в оцінці правомірності вчиненого – сумлінна хибна думка особи щодо протиправності і караності вчиненого нею діяння (ст. 43 законопроекту).

Законодавче описання аналізованого різновиду юридичної помилки має враховувати специфіку злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами із бланкетними диспозиціями, і у зв'язку з цим навряд чи може обмежуватись згадуванням про усвідомлення (неусвідомлення) тільки кримінальної протиправності. Хоч остання і включає в себе протиправність, що впливає з іншого галузевого джерела права, яке конкретизує вимогу кримінального закону, вважаю за потрібне акцентувати увагу правозастосувача на помилці особи саме в «регулятивному наповненні» відповідної кримінально-правової заборони.

Таким чином, КК України доцільно доповнити нормою приблизно такого змісту: «Якщо особа сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння, ознаки якого як злочину визначені цим Кодексом і нормативним актом чи договором або правовим звичаєм, який не є законом про кримінальну відповідальність, то вона через відсутність вини кримінальній відповідальності не підлягає. У разі, коли з урахуванням обставин справи особа могла уникнути такої помилки, її діяння вважається вчиненим через необережність».

Перевага пропонованого компромісного варіанту розв'язання розглядуваної проблеми (порівняно з уточненням легального описання умислу, в основу якого можна було б покласти диз'юнкцію – усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння чи його протиправності) вбачається в тому, щоб наголос зроблено не на незнанні закону (а тому скасовувати відповідну конституційну презумпцію, з огляду на її прагматизм, у жодному разі не треба), а на помилці – неправильному сприйнятті змісту нормативно-правового акту чи іншого відмінного від КК джерела.

Г. Яремко висловлюється за звільнення від кримінальної відповідальності загальних суб'єктів злочину у зв'язку з відсутністю вини – незнанням ними приписів іншогогалузевих джерел права, які не мають сили закону і до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК [23]. Фактично дослідниці імпує положення (зокрема, послідовно обстоюване Н. Гуторовою щодо злочинів проти державних фінансів) про запровадження презумпції знання спеціальними суб'єктами нормативно-правових актів (у тому числі підзаконних), які регламентують ту чи іншу сферу професійної (службової) діяльності, – презумпції, яка, вочевидь, унеможливує помилку спеціального суб'єкта щодо злочинності своєї поведінки.

Однак зумовлена введенням особи в оману відсутність вини, виключаючи наявність злочину як такого (згідно з ч. 1 ст. 11 КК злочин – діяння винне), робить недоречними будь-які розмови про звільнення такої особи від кримінальної відповідальності. Чинний КК України, регламентуючи інститут звільнення від кримінальної відповідальності, виходить із встановлення факту вчинення особою злочину, а тому передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються nereабілітуючими. Крім цього, зарубіжний досвід законодавчого регулювання юридичної помилки, частково висвітлений вище, не слугує аргументом на користь пропонованого Г. Яремко варіанту розв'язання досліджуваної кримінально-правової проблеми. Річ у тім, що відповідні положення кримінальних законів інших країн наголошують, як вже зазначалось, на тому, наскільки сумлінно (вбачально) помилялась особа з питання про протиправність вчиненого нею діяння, а не на тому, яку юридичну силу мали нормативно-правові акти, щодо змісту яких особа виявилась введеною в оману, і чи поширювали ці акти свою дію на всіх або лише на певні категорії осіб. Врешті-решт Г. Яремко приєдналась до пропозиції автора цих рядків доповнити КК України відповідною нормою. Однак у наведеному мною формулюванні не надається значення тому, який суб'єкт (загальний чи спеціальний) неправильно сприйняв певний нормативно-правовий акт і яку юридичну силу має останній, а акцентується увага на тому, чи сумлінно (з урахуванням обставин справи) помилялась особа щодо протиправності вчиненого нею діяння, передбаченого як злочин нормою КК із бланкетною диспозицією.

Розумію, що висунуте вище формулювання норми про конкретний різновид юридичної помилки містить оціночний елемент, а це при застосуванні запропонованої норми (у випадку включення її до КК) означатиме дискреційну (здійснювану за розсудом) діяльність правозастосовних органів. Щоправда, сумніваюсь у тому, що на законодавчому рівні тут можлива якась конкретизація – розкриття змісту сумлінності помилки і закріплення вичерпного переліку умов, за яких особа могла уникнути помилки щодо протиправності вчиненого. Якщо звернутись до законодавчих визначень умислу і необережності (ст. 24 і ст. 25 КК України), то є цілком очевидним, що застосування пов'язаних із суб'єктивною стороною норм КК неминуче пов'язане із дискреційною діяльністю правозастосовних органів, яка, звичайно, може включати в себе не просто суб'єктивізм, а корупційну складову.

Висловлю, однак, сподівання на те, що, так би мовити, просте посилення на незнання нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, не дозволить особам на підставі пропонованої норми про юридичну помилку уникати кримінальної відповідальності за вчинене. Адже останню буде виключати тільки сумлінна помилка, а саме тлумачення поняття «сумлінний» (добросовісний, старанний, той, хто ретельно виконує певну роботу) передбачає наявність конкретних поважних обставин, які ввели правопорушника в оману. Такою обставиною може бути, наприклад, встановлене в тій чи іншій ситуації порушення порядку оприлюднення нормативно-правових актів. Щодо кримінально-правової протидії порушенням податкового законодавства, на прикладі яких автор цієї статті спробував показати суть проблеми, то йдеться зазвичай про те, що причиною введення платника податків (податкового агента) в оману може стати слідування різноманітним податковим роз'ясненням (у тому числі отриманим не за запитом до контролюючого органу), роз'ясненням з питань застосування податкового законодавства, наданим іншими державними органами (наприклад, Мінфіном, Мін'юстом чи Держпідприємництвом), а так само врахування консультацій і коментарів фахівців у ЗМІ, доступних судових рішень у подібних податкових спорах. Лише сумлінна помилка особи щодо заборонності своєї поведінки, спростовуючи конституційну презумпцію знання особою законів, яку як загальне правило відкидати не слід, виключатиме кримінальну відповідальність за допущені порушення регулятивного законодавства.

1. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 1. – М., 1994. – С. 238.
2. Есаков Г.А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. – СПб., 2003. – С. 260.
3. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под. ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 358.
4. Маланчук П. Функція захисту у справах про господарські злочини у контексті співвідношення принципів презумпції невинуватості і презумпції знання закону // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 8. – С. 110.

5. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части : учебник / под. ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2010. – С. 193–194.
6. Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб., 2002. – С. 172–173.
7. Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження) : монографія. – Львів, 2010. – С. 473.
8. Кириш А. Страшная крамола // Зеркало недели. – 22 октября 2005 г. – № 41; Твердомед А. Кому не ясно? // Бизнес. – 21 апреля 2008 г. – № 16; Твердомед А. Податок за замовчуванням // Дзеркало тижня. – 31 жовтня 2009 р. – № 42.
9. Трофімова Л., Рева Д. Актуальні питання реалізації законодавчих положень, що регламентують інститут податкових роз'яснень // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 3. – С. 66.
10. Андрушко П.П. Коментар до постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 // Вісник Верховного Суду. – 2004. – № 11. – С. 18.
11. Костенко О. Необережність при застосуванні закону: «біла пляма» в праві? // Юридичний журнал. – 2006. – № 5. – С. 75–76.
12. Шишко И.В. Экономические правонарушения: Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб., 2004. – С. 291.
13. Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М., 2005. – С. 63–70.
14. Брич Л.П., Навроцький В.О. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: монографія. – К., 2000. – С. 272.
15. Лунеев В.В. Субъективное вменение. – М., 2000. – С. 51–52.
16. Фаткуллина М.Б. Юридические и фактические ошибки в уголовном праве: проблемы квалификации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Уральская гос-ная юрид. академия. – Екатеринбург, 2001. – С. 62–67.
17. Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2009. – С. 91–97.
18. Бойко А.И. Система и структура уголовного права: В 3-х т. Т. II. Системная среда уголовного права. – Ростов-на-Дону, 2007. – С. 97–108.
19. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 1. Общая часть. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2004. – С. 231–232, 249.
20. Панов М., Квасневська Н. Кваліфікація злочинів при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність // Право України. – 2010. – № 9. – С. 53.
21. Лопашенко Н.А. Введение в уголовное право: учеб. пособие. – М., 2009. – С. 60.
22. Антологія української юридичної думки. В 10 т. Том 7: Кримінальне право. Кримінальний процес / Упорядники: О.М. Костенко, О.О. Кваша; Відп. ред. О.М. Костенко. – К., 2004. – С. 497–498.
23. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2010. – С. 13, 120–121, 155, 160–161, 176.

ГРУПА ОСІБ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ ЯК ФОРМА СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ¹

Проблематика співучасті у злочині традиційно вважається однією з найбільш складних у кримінальному праві. У доктрині мають місце значні розбіжності в підходах щодо багатьох аспектів інституту співучасті у злочині, а недостатньо чітка їх регламентація в кримінальному законі призводить до неоднозначності відповідної судової практики. Одним із спірних питань, щодо яких наукою і правозастосовною практикою поки що не сформульовано усталеної позиції, є кримінально-правові ознаки групи осіб за попередньою змовою. При цьому вказану групу як кваліфікуючу (особливо кваліфікуючу) ознаку передбачено у понад як 90 складів злочинів, тобто ця форма співучасті є найбільш поширеною в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) з усіх передбачених у ст. 28 КК форм співучасті. У зв'язку з цим метою пропонованої статті є з'ясування специфічних кримінально-правових ознак групи осіб за попередньою змовою як форми співучасті у злочині на підставі аналізу висловлених в юридичній літературі підходів.

Передусім зауважу, що як форма групової співучасті група осіб за попередньою змовою, якій притаманні всі загальні (родові) ознаки співучасті, вважається більш суспільно небезпечною, ніж група осіб (яку ще називають групою осіб без попередньої змови) і водночас менш суспільно небезпечною, ніж організована група та злочинна організація. Згідно з ч. 2 ст. 28 КК злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення. Звідси випливає, що злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, характеризується такими кримінально-правовими ознаками: 1) участь у вчиненні злочину декількох (двох і більше) осіб; 2) попередня змова.

Попередня змова як специфічна ознака розглядуваної форми співучасті означає домовленість кількох осіб про спільне вчинення злочину, що відбувається заздалегідь, тобто до його початку. Ключовими моментами в цій ознаці є час досягнення змови, її зміст та форма зовнішнього вираження. Попередня змова відбувається до початку вчинення злочину, під яким прийнято розуміти початок вчинення злочинного діяння. Вона має бути досягнута до початку виконання хоча б одним з учасників групи діяння, передбаченого як обов'язковий елемент об'єктивної сторони складу відповідного закінченого злочину. Причому проміжок часу між такою домовленістю і початком вчинення злочину може бути різним і вирішальної ролі не відіграє: домовленість може бути досягнута як за тривалий час до вчинення злочинного діяння, так і за кілька годин, хвилин чи навіть секунд до цього. Всі домовленості, які досягаються до замаху на вчинення злочину, є попередніми; ті ж, які мають місце вже під час здійснення замаху, не можуть розглядатись як попередні.

Попередній змові як ознаці групи осіб за попередньою властиві дві форми: 1) елементарна – домовленість про окремі чи найбільш загальні питання вчинення злочину (наприклад, домовленість про вид злочину та час його вчинення); 2) детальна – домовленість, яка охоплює усі або більшість подробиць вчинення злочину (домовленість про вид злочину, місце, час, спосіб, знаряддя та засоби вчинення, потенційних потерпілих, розподіл ролей між співучасниками тощо). Можливі різні форми зовнішнього вираження попередньої змови: усна; письмова; з використанням технічних засобів (телефону, мережі Інтернет тощо); шляхом конклюдентних дій (з використанням жестів, міміки чи інших рухів).

Організована група відрізняється від групи осіб за попередньою змовою такими ознаками: 1) мінімальною кількістю учасників (в групі осіб за попередньою змовою – це дві і більше, а в організованій групі – три і більше особи); 2) ступенем організації (в групі осіб за попередньою змовою наявна попередня змова, а в організованій групі – попередня зорганізованість); 3) характерною для організованої групи стійкістю; 4) метою діяльності об'єднання (якщо група осіб за попередньою змовою може створюватись з метою вчинення одного злочину, то організована група – з метою вчинення щонайменше двох злочинів); 5) обов'язковою об'єднаністю учасників організованої групи єдиним планом, відомим всім учасникам групи; 6) обов'язковою наявністю в організованій групі розподілу функцій учасників групи, спрямованих на досягнення плану. В процесі злочинної діяльності група осіб за попередньою змовою може трансформуватися (перетворитися) в організовану групу або злочинну організацію. Це може відбутися в результаті набуття стійкості, збільшення кількості учасників, побудови ієрархії в об'єднанні, появи єдиного плану, відомого усім учасникам групи з розподілом функцій, спрямованих на його реалізацію, тощо.

Останнім часом в юридичній літературі значного поширення набула позиція, згідно з якою до складу групи осіб, котрі вчиняють злочин, діючи за попередньою змовою (ч. 2 ст. 28 КК), можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від тієї юридичної ролі, яку вони виконують при вчиненні злочину. Дискусія з позначеного питання, як відомо, породжена невизначеністю, допущеною законодавцем при описанні форм співучасті: в ч. 2 ст. 28 КК, на відміну від ч. 1 цієї статті, вид співучасників

¹ Стаття опублікована: Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2015. – № 3. – С. 130–138.

не конкретизовано. Це і наводить на думку про те, що законодавець не обмежує групу осіб за попередньою змовою співвиконавством, маючи на увазі і співучасть з розподілом (не технічним, а юридичним) ролей. Стверджується, що закріплене в ч. 2 ст. 28 КК формулювання, яке не містить вказівки на участь виконавців у вчиненні злочину, – не технічна помилка, як може видатись на перший погляд, а цілком усвідомлене законодавче рішення, на що, крім усього іншого, вказує порівняльний аналіз текстів чинного КК та його проекту. Звертається увага на те, що в КК відсутні положення, які б зобов'язували поширювати нормативне розуміння поняття групи осіб, закріплене в ч. 1 ст. 28 КК, на поняття групи осіб, зафіксоване в ч. 2 ст. 28 КК. Зазначається, що законодавцем врахована суспільна небезпека групових злочинів, яка полягає не в тому, що злочинці спільно виконують об'єктивну сторону складу злочину, а в тому, що злочин вчиняється спільно об'єднаними зусиллями співучасників незалежно від тієї ролі, яку виконує кожен із них. З тим, що усунути розбіжності при кваліфікації злочинів та уніфікувати судову практику, пропонується закріпити в ч. 2 ст. 28 КК положення про те, що вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою – це вчинення злочину двома чи більше суб'єктами злочину, які попередньо домовились про спільне (співвиконавство або з розподілом ролей) його вчинення. Вважається, що неінкримінування цієї кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої) ознаки призводить до недооцінки суспільної небезпеки вчиненого злочину та, як наслідок, призначення винним невинувато м'якого покарання [1, с. 50–54; 2, с. 261–262; 3, с. 10, 67, 89–94, 104–105, 120–121; 4, с. 12, 118, 119, 122, 133, 166; 5, с. 129–131; 6, с. 472–496].

Прихильники іншої позиції (позначають її як *традиційну*), згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб щонайменше два співучасники повинні діяти як співвиконавці, безпідставно зазначають, що визнання декількох осіб співучасниками будь-якого виду не може бути специфічною ознакою групової форми співучасті, закріпленої в ч. 2 ст. 28 КК, оскільки це родова ознака співучасті взагалі. І в ч. 1, і в ч. 2 ст. 28 КК вживається таке поняття, як група осіб, і за правилами законодавчої техніки воно повинно мати однаковий зміст; у ч. 2 ст. 28 КК законодавець, не повторюючи сказаного про групу в ч. 1 цієї статті, роз'яснює, яку змову слід вважати попередньою і в такий спосіб акцентує увагу на відмітних ознаках відповідних груп. Термін «вчинення» свідчить про співвиконавство. Саме його наявність значно збільшує суспільну небезпеку злочину. Несправедливим визнається те, що за наявності в тій чи іншій статті Особливої частини КК кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої) ознаки «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» для організатора, підбурювача і пособника фактично виключатиметься можливість нести кримінальну відповідальність на підставі ч. 1 цієї статті КК. Не зрозуміло також, чому до особи, яка вчинила злочин (наприклад, вбивство або крадіжку) самостійно, треба застосовувати ч. 1 певної статті, а якщо особу схилили до вчинення цього злочину, вона має нести відповідальність вже за злочин із кваліфікованим складом (зокрема, за п. 12 ч. 2 ст. 115 і ч. 2 ст. 185 КК), і така ситуація повинна розцінюватись як прояв групової злочинності [7, с. 54–55; 8, с. 87–88; 9, с. 53–57; 10, с. 43–45].

Відзначаю, що саме традиційна позиція є наразі домінуючою на практиці, в тому числі на рівні роз'яснень Верховного Суду України. Маються на увазі, зокрема, постанови Пленуму Верховного Суду України: від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» (п. 16); від 15 квітня 2005 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» (п. 19); від 3 червня 2005 р. № 8 «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» (п. 9); від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» (п. 9); від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» (п. 24).

Сприймаючи наведені вище аргументи, водночас зверну увагу на взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою, відповідно. Стосовно цих форм співучасті принцип «матрьошки», згідно з яким менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної, не спрацьовує. Така кваліфікуюча ознака, як вчинення злочину групою осіб, *de lege lata* не може бути інкримінована, якщо встановлено попередню змову між учасниками групи. При вчиненні злочину (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за попередньою групою осіб, якщо у відповідному складі злочину як кваліфікуючу ознаку передбачено вчинення його лише «групою осіб», дії співвиконавців мають кваліфікуватись без інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки. Як бачимо, вести мову про цілковите дотримання правил законодавчої техніки при описанні форм співучасті у злочині не доводиться.

Отже, наприклад, якщо п. 12 ч. 2 ст. 115 КК встановлюватиме відповідальність за умисне вбивство, вчинене саме і тільки групою осіб, як це пропонує Г.О. Ганова [3, с. 9, 121, 193–194] (а не групою осіб за попередньою змовою, як зараз), то умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, як, до речі, і організованою групою, навряд чи зможе бути кваліфіковане за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК. Однак чи можна вважати адекватною (справедливою) кваліфікацію відповідного злочину (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо)

за частиною першою тієї чи іншої статті КК, якщо злочин фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК України не містить? Видається, що ні.

Варіантами розв'язання цієї кримінально-правової проблеми може бути доповнення ст. 28 КК України одним із таких положень: під злочинном, вчиненим групою осіб, слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини КК; злочин визнається вчиненим групою осіб, якщо в ньому брали участь декілька (два або більше) співвиконавців незалежно від наявності попередньої змови між ними на вчинення цього злочину.

Наявність співучасті може вказувати на підвищену суспільну небезпеку вчиненого злочину (прискорюється досягнення злочинного результату, зменшується вплив стримуючих факторів, створюються умови для заподіяння більш значної шкоди, ускладнюється розкриття злочину тощо). Разом з тим, вочевидь, було б неправильно стверджувати, що суспільна небезпека злочину, скоєного в співучасті, за рівності інших умов завжди є більшою, ніж суспільна небезпека злочину, вчиненого особою індивідуально (самостійно). Адже поєднання зусиль кількох суб'єктів може і не вплинути на ті обставини вчиненого ними злочину, які є значущими з точки зору його кваліфікації і призначення за нього покарання. Показовою в цьому сенсі є позиція вітчизняного законодавця, який лише групові форми співучасті використовує для конструювання кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів злочинів, відноситься до обставин, які обтяжують покарання, вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, не надаючи вказаного кримінально-правового значення співучасті з розподілом ролей.

Цікаво, що навіть ті дослідники, які допускають входження до складу групи осіб за попередньою змовою співучасників будь-якого виду, вимушені констатувати, що за такого підходу «нівелюється одна із важливих для розуміння особливостей форм співучасті розмежувальних ознак» [4, с. 149]. З цього приводу пригадується висловлювання Р.Р. Галіакбарова про те, що будь-яка спроба наділити учасника групи (якщо вона не перетворилась в організовану) іншою роллю (не виконавчою) веде до стирання меж між складною співучастю (співучастю з розподілом ролей) і груповим злочином і, врешті-решт, до застосування кримінального закону всупереч його змісту і призначенню [11, с. 9].

Звернення до юридичної літератури дозволяє констатувати існування ще однієї, умовно кажучи, *компромісної* позиції з розглядуваного питання, суть якої полягає в тому, що не кожна співучасть з розподілом ролей повинна розглядатись як група осіб за попередньою змовою.

Так, Є.В. Фесенко та І.К. Туркевич зазначають, що, відмежовуючи групу осіб за попередньою змовою від співучасті особи, яка не входить до такої групи, слід брати до уваги те, що в ч. 2 ст. 28 йдеться не про участь у злочині, а про спільне його вчинення. Дії групи осіб, у складі якої не всі є виконавцями, можуть кваліфікуватись як діяння, вчинені за попередньою змовою, тоді, коли вони були заздалегідь домовленими, а фактично здійснені на етапах безпосереднього вчинення злочину. За своїм характером це дії, що істотно допомагають виконавцю, є внеском у досягнення загального результату саме на цих етапах [12, с. 84–85].

Подібним чином розмірковує Я.Г. Лизогуб, який пише про випадки, коли дії співучасників не знаходять свого віддзеркалення в межах об'єктивної сторони вчиненого виконавцем злочину, не стосуються забезпечення реалізації злочинного умислу виконавцем і, відповідно, не можуть визнаватись такими, що характеризують спільність виконання об'єктивної сторони злочину та, як наслідок, її груповий зміст (наприклад, має місце підбурювання до злочину або пособництво, яке виражається в діях, здійснених вже після того, як виконавець вчинив суспільно небезпечне діяння) [13, с. 75–77].

Видається, що в основу запропонованої диференційованої кримінально-правової оцінки поведінки співучасників покладено позбавлений чіткості критерій, адже всі співучасники різних видів (з розподілом ролей) так чи інакше забезпечують реалізацію злочинного умислу виконавцем, а спільність діянь притаманна поведінці і таких співучасників. Спільність як об'єктивна ознака співучасті у злочині означає те, що: 1) дії (бездіяльність) кожного із співучасників, будучи взаємообумовленими і взаємодоповнючими, є складовою загальної діяльності із вчинення злочину; 2) поведінка співучасників узгоджується і спрямовується на досягнення спільного злочинного результату.

Крім цього, компромісна позиція, на мою думку, суперечить усталеному уявленню про те, для чого потрібна співучасть з розподілом ролей як законодавча конструкція. Призначення останньої, як відомо, полягає в тому, щоб уможливити кримінальну відповідальність за діяння, безпосередньо Особливою частиною КК не передбачені, обґрунтувати кримінальну відповідальність осіб, які не беруть участі у виконанні об'єктивної сторони складу того чи іншого злочину. З цього приводу М.І. Бажанов у період чинності попереднього КК писав, що при описанні в диспозиціях статей Особливої частини КК ознак злочину маєтись на увазі його вчинення виконавцями або співвиконавцями; співучасники ж злочину мають притягуватись до відповідальності згідно з положеннями ст. 19 КК [14, с. 453].

До речі, в ст. 27 чинного КК «Види співучасників», яку можна вважати наступницею ст. 19 КК 1960 р., поняття організатора, підбурювача і пособника, на відміну від поняття виконавця (співвиконавця) злочину, визначаються за допомогою зворотів «організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням», «схилила ... до вчинення злочину» і «сприяла вчиненню злочину», а не безпосередньо через термін «вчинення», похідні якого використовуються і в ч. 2 ст. 28 КК при описанні групи осіб за попередньою змовою.

Отже, треба визначитися: визнавати або не визнавати тих чи інших співучасників злочину його співвиконавцями залежно від особливостей законодавчого описання складу певного злочину, а не називати учасників групи осіб за попередньою змовою особами, прирівняними до виконавця, як це інколи робиться в літературі [15, с. 291], і на питання про можливість входження до складу групи осіб за попередньою змовою організаторів, підбурювачів і пособників як співучасників, які не виконують (повністю або частково) об'єктивну сторону складу певного злочину, давати (бажано і на законодавчому рівні) ствердну або негативну відповідь. Причому в разі негативної відповіді жодних проблем із кримінально-правовим реагуванням на поведінку організаторів, підбурювачів і пособників із погляду чинного КК не виникатиме (підлягають застосуванню, зокрема, ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 68 КК).

У межах традиційної позиції справедливо відзначається, що взаємодія між учасниками групи осіб за попередньою змовою може бути ускладненою, передбачаючи технічний розподіл ролей між співучасниками, що, однак, не виключає наявності вказаної групи як своєрідного «колективного» суб'єкта злочину. При цьому кожен учасник вказаної групи відповідає як співвиконавець, а межі, в яких вчинки осіб розцінюються як вчинення злочину – виконання об'єктивної сторони, залежать від змісту ознак складу певного злочину, описаного законодавцем, і, головним чином, від того, як такі ознаки тлумачаться тим чи іншим інтерпретатором кримінального закону. Вельми показовим у цьому сенсі є, наприклад, суперечливе вирішення в юридичній літературі питання, ким саме – співвиконавцем або пособником крадіжки – слід визнавати особу, яка, виконуючи роль спостерігача, забезпечує таємний характер викрадення чужого майна [9, с. 55; 16, с. 574–575; 17, с. 128; 18, с. 48–53].

Або ще один показовий приклад. У судовій практиці умисне вбивство вважається вчиненим групою осіб за попередньою змовою і в тому разі, коли окремі його співвиконавці, хоч і не вчиняли дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілого, але, будучи об'єднаними з іншими співвиконавцями вбивства єдиними умислом, спрямованим на позбавлення потерпілого життя, виконали хоча б частину того обсягу дій, які група вважала необхідною для реалізації цього умислу (абз. 2 п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»). «...вирішальне значення для визначення того, чи була особа співвиконавцем вбивства, мають не обсяг і характер вчинених нею дій, а їх взаємопов'язаність та взаємоузгодженість із діями виконавця (інших співвиконавців), загальна спрямованість цих дій на заподіяння потерпілому смерті, а також те, що його дії в сукупності з іншими діями іншої особи (інших осіб) перебували у причинному зв'язку зі злочинним результатом» [19, с. 11]. Очевидно, що окремі фрагменти відповідного роз'яснення є підстави критикувати за занадто широке розуміння співвиконавства вбивства.

У цьому сенсі викликають інтерес міркування М.І. Панова. Вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, дослідник наводить як приклад відмінної від співвиконавства ситуації, коли аналізована форма співучасті не виключається і тоді, коли злочин у конкретній об'єктивно-предметній обстановці фактично може вчинити лише одна особа. Наявність групи осіб за попередньою змовою констатується за умови, що співучасники діють злагоджено як одне ціле об'єднання, хоча лише один із них може фізично виконати об'єктивну сторону вбивства (постріл із пістолета, нанесення смертельного удару кинджалом, застосування отрути для спричинення смерті тощо) [20, с. 242–243]. За таких обставин не зовсім зрозуміло, чому тоді особи, за дорученням яких діє той, хто безпосередньо позбавляє потерпілого життя, називаються вченим співвиконавцями.

Вада традиційної позиції інколи вбачається в тому, що пов'язування групи осіб за попередньою змовою саме і тільки із співвиконавством не дозволяє забезпечити належну кримінально-правову оцінку окремим різновидам групової співучасті. Так, В.В. Ткаченко виділяє прояви співучасті, які, на її думку, характеризуються високим ступенем взаємодії та взаємообумовленості та, як наслідок, більшою суспільною небезпекою, ніж ті, що становлять собою співучасть у вузькому розумінні (співучасть з розподілом ролей), та які водночас немає підстав визнавати ні співвиконавством, ні організованою групою (через відсутність третього учасника групи і мети у вигляді вчинення принаймні двох злочинів). Щоправда, зміни в законодавчому регулюванні інституту співучасті, ініційовані В.В. Ткаченко з метою відображення в КК цих специфічних проявів співучасті, навряд чи можуть бути підтримані.

Так, складається враження, що сформульоване цією авторкою визначення злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, в якому використовується словосполучення «з розподілом або без розподілу функцій учасників групи», охопить будь-які випадки співучасті з розподілом ролей. На таку ж думку наводить

і положення, яким пропонується доповнити ст. 30 КК України: «Учасники групи осіб, що діє за попередньою змовою, підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них» [21, с. 185–186]. При цьому В.В. Ткаченко, розвиваючи згадану вище ідею Є.В. Фесенка та І.К. Туркевич, наполягає на іншому – на тому, що злочин, вчинений за попередньою змовою групою осіб, не повинен вважатись злочин, який є результатом діяльності одного виконавця та інших співучасників одного чи декількох видів, які не здійснювали свою діяльність під час безпосереднього вчинення злочину виконавцем, і необхідності в їх діяльності для вчинення злочину виконавцем на момент його вчинення не було (класичний приклад такого злочину – вбивство, вчинене внаслідок підбурювання).

Критично має бути оцінена і пропозиція В.В. Ткаченко доповнити ст. 28 КК України частиною 2 такого змісту: «Групу осіб як ознаку форм співучасті утворює організованість дій осіб, які спільними зусиллями здійснюють готування до злочину чи його вчинення. Організованість дій співучасників має місце, якщо дії кожного співучасника є необхідною умовою вчинення діяння виконавцем (досягнення запланованого результату), об'єктивно складають цілісний механізм вчинення злочину чи злочинів...» [21, с. 184–185]. Виходить, що у межах однієї статті КК будуть закріплені два різних розуміння організованості (ч. 2 і ч. 5 ст. 28 КК), що явно не буде позитивно впливати на правозастосування.

Постає і питання, чому дії звичайного організатора, підбурювача або пособника злочину не можуть вважатись «необхідною умовою вчинення діяння виконавцем», хоч, за задумом В.В. Ткаченко, останнє є ознакою організованості дій співучасників, притаманної групі осіб. Висловлю також думку про те, що завдяки своєму оціночному характеру зворот «цілісний механізм вчинення злочину чи злочинів» може бути поширений не лише на групу осіб, як про це пише В.В. Ткаченко, а і на відмінну від групи осіб співучасті з розподілом ролей.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що ухвалення чинного КК не дозволило покласти край триваючій ще за часів дії КК 1960 р. дискусії з питання про якісний склад групи осіб за попередньою змовою. Воля законодавця в цьому разі чітко не об'єктивована, а прагнення дотримуватись правил законодавчої техніки при описанні форм групової співучасті «зіграло злий жарт». Адже застосування розроблених наукою і практикою способів і методів тлумачення кримінального закону (у нашому випадку ч. 2 ст. 28 КК) дозволяє дійти протилежних результатів щодо можливості (неможливості) утворення складу групи осіб за попередньою змовою за рахунок не співвиконавців, а співучасників різних видів. Оскільки істинний зміст вказаної кримінально-правової норми встановити проблематично, доктринальні спроби втілення в КК компромісної позиції, що бере до уваги єдність місця і часу дій співучасників як характеристику групи осіб за попередньою змовою, виявились невдалими, а аргументи на користь традиційної позиції видаються більш переконливими, пропоную в ч. 2 ст. 28 КК слова «декілька осіб» замінити словами «декілька співвиконавців». Крім того, для забезпечення єдності правозастосовної практики конче необхідними є роз'яснення ВССУ, присвячені розкриттю специфіки співвиконавства при вчиненні найбільш розповсюджених злочинів та його відмежуванню від проявів співучасті з розподілом ролей, до розроблення яких (роз'яснень) варто залучати членів НКР ВССУ.

1. Карчевский Н.В. Совершение преступления группой лиц по предварительному сговору с позиции нового Уголовного кодекса Украины / Н.В. Карчевский, Я.В. Лизогуб // Вісник Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України. – 2001. – Вип. 4. – С. 50–54.
2. Тростюк З.А. Про деякі логічні дефекти регламентації інституту співучасті у злочині в Кримінальному кодексі України / З.А. Тростюк // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 260–263.
3. Ганова Г.О. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ганова Ганна Олександрівна. – К., 2012. – 221 с.
4. Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Смирнова Анелія Василівна. – К., 2012. – 255 с.
5. Кузнецов В.В. Теорія кваліфікації злочинів: підручник / В.В. Кузнецов, А.В. Савченко / за заг. ред. В.І. Шакуна. – 5-те вид., перероб. – К.: Алерта, 2013. – 320 с.
6. Кваша О.О. Співучасті у злочині: структура та відповідальність: монографія / О.О. Кваша. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.
8. Шапченко С.Д. Співучасті у злочині: постатейний коментар до розділу VI Загальної частини Кримінального кодексу України / С.Д. Шапченко // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2003. – № 9. – С. 68–110.

9. Ярмиш Н. Проблеми кваліфікації злочинів, вчинених групою осіб за попередньою змовою / Н. Ярмиш // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 4. – С. 53–58.
10. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. / Н.М. Ярмиш. – К.: Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
11. Галиакбаров Р.Р. Квалификация групповых преступлений / Р.Р. Галиакбаров. – М.: Юрид. лит., 1980. – 80 с.
12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-е вид., перероб. та доп. / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.
13. Лизогуб Я.Г. Протидія торгівлі людьми: аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства: навч. посіб. / Я.Г. Лизогуб, С.С. Яценко / наук. ред. С.С. Яценко. – К.: Атіка, 2005. – 240 с.
14. Бажанов М.И. Избранные труды / М.И. Бажанов; сост.: В.И. Тютюгин, А.А. Байда, Е.В. Харитонов, Е.В. Шевченко; отв. ред. В.Я. Таций. – Х.: Право, 2012. – 1244 с.
15. Навроцький В.О. Форми співучасті у злочині та їх врахування при кримінально-правовій кваліфікації / В.О. Навроцький // Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах / відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – С. 282–301.
16. Бойцов А.И. Преступления против собственности / А.И. Бойцов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
17. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование / Н.А. Лопашенко. – М.: ЛексЭст, 2005. – 408 с.
18. Хилjuta В. Совместное совершение хищения группой лиц / В. Хилjuta // Уголовное право. – 2008. – № 5. – С. 48–53.
19. Пилипчук П.П. «Пленум дав роз'яснення щодо особливостей кваліфікації злочинів, передбачених пунктами «и» та «і» ст. 93 КК України» // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 2. – С. 9–11.
20. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2015. – 528 с.
21. Ткаченко В.В. Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за кримінальним кодексом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ткаченко Валентина Василівна. – К., 2013. – 234 с.

ЧИ СУПЕРЕЧИТЬ ІНСТИТУТ МНОЖИННОСТІ ЗЛОЧИНІВ ПРИНЦИПУ «NON BIS IN IDEM»?¹

Конституційне положення про неможливість двічі бути притягненим до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення (ч. 1 ст. 61 Конституції України), відоме ще як принцип «non bis in idem», неодноразово ставало предметом фахового обговорення. Зокрема, досить розповсюдженою є думка про те, що низка положень чинного законодавства України, яке врегульовує особливості кримінальної відповідальності за деякі прояви множинності злочинів, не відповідає зазначеному принципу. У зв'язку з цим стверджується, що факт попереднього вчинення особою злочину не повинен виступати як ознака складу нового злочину, вчиненого цією особою. Такий висновок став результатом поширювального тлумачення згаданого конституційного положення і визнання хибним підходу, згідно з яким суть принципу «non bis in idem» зводиться лише до такої юридичної формули: не можна ще раз засуджувати особу за злочин, за який її вже було засуджено.

Інститут множинності злочинів дістав значного розвитку у чинному КК України при тому, що останній поняття множинності злочинів не використовує і не визначає. Будучи складовою вчення про злочин і кримінальну відповідальність, проблематика множинності злочинів традиційно вважається однією з найскладніших як у науці кримінального права, так і в правозастосовній діяльності. Поняття множинності злочинів є підстави вживати у двох значеннях (аспектах). По-перше, це кримінально-правовий інститут, який передусім утворюють ст. ст. 32–35 КК України, однак зміст якого не обмежується нормами, розташованими в розділі VII Загальної частини КК. До інституту множинності злочинів належать принаймні і ті норми Особливої частини КК, в яких повторність і рецидив передбачаються як кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки конкретних злочинів. По-друге, множинність злочинів – це специфічний стан (випадки, ситуації, за висловлюванням Ю. Бауліна – факт об'єктивної дійсності), який характеризується наявністю в поведінці особи кількох самостійних злочинів і який тягне за собою відповідні кримінально-правові наслідки.

Множинність злочинів означає, що особою (не має значення – одноособово або у співучасті) вчинено два або більше кримінально караних діяння, кожне з яких містить ознаки самостійного складу злочину і, зберігаючи свою юридичну значущість, підлягає самостійній правовій оцінці. При множинності злочинів особа за вчинення щонайменше двох злочинів може бути притягнена до кримінальної відповідальності або (як це має місце, зокрема, при рецидиві злочинів) вчиняє новий злочин, маючи судимість. За загальним правилом, множинність злочинів вказує на підвищену суспільну небезпеку як особи – порушника кримінально-правової заборони, так і вчиненого такою особою.

Відповідно до ст. 35 КК повторність, сукупність і рецидив злочинів є найбільш розповсюдженими (типовими) формами множинності злочинів, які враховуються при вирішенні низки кримінально-правових питань, у тому числі при кваліфікації злочинів. Так, у нормах Особливої частини КК України, як вже зазначалось, повторність і рецидив нерідко фігурують як кваліфікуючі або особливо кваліфікуючі ознаки окремих злочинів. Саме у зв'язку з цим постає питання про відповідність таких норм Особливої частини КК України, закріпленому в ч. 1 ст. 61 Конституції України положенню, згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення.

Як зауважувалося, вихідним для вирішення поставленого питання є те чи інше тлумачення принципу «non bis in idem». Щодо правової доктрини, то в літературі можна відшукати діаметрально протилежні позиції, відповідно до яких допускається або буквально тлумачення положення ч. 1 ст. 61 Конституції України (заборона двічі засуджувати особу за один і той самий злочин, а отже, попереднє вчинення особою злочину може бути ознакою складу нового злочину, вчиненого цією особою), або поширювальне тлумачення розглядуваного конституційного припису (повторність вчинення злочинів не може слугувати ознакою складу злочину, передбаченого в Особливій частині кримінального закону).

Нагадаємо, що висвітлюване питання вже ставало предметом розгляду Конституційного Суду РФ. Останній у постанові від 19 березня 2003 р. № 3-П зробив висновок про те, що кримінально-правові наслідки попередньої судимості при засудженні особи за вчинення нового злочину не виходять за межі кримінально-правових засобів, які законодавець вправі використовувати для досягнення конституційно виправданих цілей диференціації кримінальної відповідальності і покарання, посилення його виправного впливу на засудженого, попередження нових злочинів і тим самим захисту особи, суспільства і держави від злочинних посягань. Сказане, однак, не завадило парламентаріям уже в грудні 2003 р. виключити з Особливої частини КК РФ вказівку на неодноразовість і спеціальний рецидив як кваліфікуючі ознаки. Можна припустити, що для російського законодавця видалися більш аргументованими та переконливими висловлені окремі думки «суддів-опозиціонерів» М. Вітрука та А. Кононова, які категорично не сприйняли рішення своїх колег.

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 24–30 липня 2010 р. – № 30; 31 липня – 6 серпня 2010 р. – № 31.

Відмова сусідньої країни від фактичної та юридичної повторності як ознаки складів злочинів може стати поштовхом для аналогічного рішення українського законодавця. Адже, як дотепно висловлюється В. Навроцький, рішення російського законодавця у нас дуже люблять «мавпувати» з відповідним часовим лагом. Крім того, серед вітчизняних науковців продовжують тривати запальні дискусії стосовно обсягу конституційного положення «*non bis in idem*», у яких до поставлення точок над «і» ще далеко. Висловимось і з приводу цієї вкрай складної правової дилеми.

Аргументи супротивників застосування буквального тлумачення принципу «*non bis in idem*», які викладаються нижче, добре відомі, вони неодноразово висловлювалися на сторінках юридичної літератури. Окремо зауважимо, що досить вдало їх згрупував, формулюючи свою окрему думку, суддя Конституційного Суду РФ А. Кононов.

Іноколи принцип «*non bis in idem*» пов'язують з давньоримською правовою аксіомою щодо заборони піддаватися більше ніж одному обвинуваченню з тієї ж самої причини (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*). При бажанні ця аксіома може розшифровуватися як неможливість двічі враховувати один кримінальний делікт як при встановленні винуватості особи, так і при формуванні слідчими органами обвинувачення. Утім, такий варіант перекладу зазначеної юридичної максими не єдиний. Існує й інший: ніхто не повинен двічі судитись за однією і тією ж справою [1]. І найголовніше: із наведеної давньоримської правової аксіоми однозначно не випливає те, що факт вчинення особою злочину в минулому не повинен жодним чином враховуватись при визначенні обсягу обвинувачення у випадку вчинення цією особою нового злочину. Вузьке (буквальне) розуміння принципу «*non bis in idem*» (не можна окремими вироками карати двічі за один і той самий злочин) виключає будь-які претензії до таких проявів множинності, як повторність і спеціальний рецидив: за їх наявності попередній факт злочинної поведінки не карається ще раз (повторно), а лише враховується у випадку вчинення нового злочину як обставина, що впливає на його кваліфікацію або на покарання за нього.

Наявність факту попередньо вчиненого злочину не впливає на конструктивні ознаки основного складу злочину, скоєного особою знову. При повторному вчиненні злочину особа притягується до кримінальної відповідальності не за злочин, вчинений раніше, а за новий тотожний або однорідний злочин. Наприклад, якщо вчиняється грабіж, то, незважаючи на те, був винний судимий раніше за крадіжку чи така судимість була погашена, він підлягатиме відповідальності за відкрите викрадення чужого майна за ст. 186 КК України. Тобто факт вчинення злочину в минулому загалом не впливає на кваліфікацію. Інша річ, що повторність грабежу є підставою для диференціації кримінальної відповідальності за цей злочин проти власності.

Досить чітко з цього приводу висловлюється О. Бойко, інтерпретуючи конституційну заборону на повторне засудження за один і той самий злочин. Використання кримінальним законодавцем неодноразовості та судимості (рецидиву) як кваліфікуючих ознак основного складу умов для повторного (відособленого) покарання за вироком за те злодіянство, яке вже раніше каралося за вироком іншого або цього ж суду, не утворює. Має місце обтяження відповідальності за новий злочин ознакою повторності. Передбачений чинним кримінальним законодавством інститут множинності злочинів принципу *non bis in idem* та ідеї рівності загалом і буквально не суперечить [2].

Сказане змушує замислитися над ще одним важливим питанням: чи справедливо при накладенні кримінальної відповідальності на особу, яка раніше вчинила злочин, посилювати суворість кримінально-правової репресії з огляду на її попередній вчинок? Особа, яка вперше вчинила злочин, може і повинна в багатьох випадках розраховувати на застосування щодо неї різноманітних за своїм змістом заохочувальних норм, а покарання їй цілком справедливо може призначатися ближче до нижньої межі санкції. Натомість повторне вчинення злочину повинне не лише обмежувати дію «кримінально-правових привілеїв», а і проводити своєрідну межу між тим, хто вперше вчиняє злочин, і тим, хто обирає інший шлях поведінки, нерідко стаючи професійним злочинцем. Тому вчинення злочину повторно як кваліфікуюча ознака деяких складів злочинів справедливо посилює суворість покарання.

Якщо посилення караності за той чи інший кваліфікований різновид злочину, пов'язаний з його фактичною та (або) юридичною повторністю, є невинуватим (прикро, але у багатьох випадках наявна несправедлива різниця в покараннях за злочини з основним і кваліфікованим складами), то ця проблема може бути вирішена законодавцем шляхом оптимізації санкцій. У законі має бути встановлена точна відповідність між тяжкістю (небезпечністю) злочину і ступенем суворості санкції кримінально-правової норми.

Загальновідомо, що в основу суворості кримінальних санкцій має лягати не лише тяжкість вчиненого діяння, ступінь його суспільної небезпеки (включаючи розмір і характер заподіяної шкоди, ступінь вини правопорушника тощо). На сьогодні у вітчизняній доктрині усталеним є підхід, який, зокрема, зводиться до того, що використання спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки, слугуючи диференціації кримінальної відповідальності, є потрібним заходом для посилення кримінальної відповідальності осіб, які мають анти-соціальну установку, не бажають ставати на шлях законотворчості поведінки, вчинення нових злочинів з боку яких не є випадковістю і стосовно яких цілі покарання не були досягнуті. Береться до уваги підвищена

«рецидивнебезпечність» окремих злочинів, вчинення яких дозволяє особам удосконалювати свої злочинні навички, що призводить до зростання злочинного професіоналізму.

Чим насправді зумовлюється підвищена міра кримінальної відповідальності для осіб, котрі вчинюють злочини повторно? Як таким фактом раніше вчиненого злочину? Вочевидь, що ні. Покарання посилюється у зв'язку з недосягненням мети раніше призначеного покарання (у випадку спеціального рецидиву) або через, так би мовити, не випадковість діянь винного, обрання ним злочинного шляху, набуття злочинної звички (у разі фактичної повторності). Якщо звернутись до спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки, то можна вести мову про своєрідну помилку суду, який, засуджуючи особу за злочин, вчинений у минулому, не зміг призначити покарання, необхідне для виправлення винного. Більш суворе покарання для особи, яка має судимість, є своєрідною гарантією недопущення нової помилки. Законодавець, так би мовити, «підказує» суду, що особа поступово стає професійним злочинцем з певною спеціалізацією, а тому потребує більш прискіпливого і суворого ставлення до себе.

У взаємозв'язку із позначеними проблемами певної уваги потребує питання про судимість. Зокрема, в окремій думці А. Кононова щодо згаданого рішення Конституційного Суду РФ беззаперечно стверджується, що судимість, не будучи мірою покарання, призначеною судом, не може претендувати на те, щоб бути правомірною підставою обмеження прав і свобод у сфері кримінально-правових відносин. До того ж, на думку цього судді, несправедливо додавати покарання тому, хто спокутав свою вину. Нам складно погодитись із викладеним підходом. По-перше, будь-які прямі паралелі між інститутом судимості в цілому та принципом «*non bis in idem*», який стосується лише одного з кримінально-правових наслідків судимості, неприпустимі. По-друге, якраз під час строку судимості можна впевнитися в тому, чи повністю особа спокутала вину у вчиненому злочині і готова жити далі у правомірний спосіб; справедливою буде, якщо цього насправді не відбулося, більш сувора відповідальність такої особи. По-третє, посилення кримінально-правової репресії відбувається не через наявність в особі судимості як такої, а, як вже зазначалось, у зв'язку з тим, що не були досягнуті цілі покарання, призначеного за попередній злочин.

Вчинення умисного злочину особою, яка має судимість, свідчить про її стійке небажання ставати на шлях законслухняної поведінки, що значною мірою підвищує суспільну небезпеку діяння. Судимість як кваліфікуюча ознака складу злочину є необхідною для підвищення відповідальності осіб, які мають антисоціальну установку, таких, що не бажають виправлятися, ігнорують негативну оцінку своєї протиправної діяльності з боку суспільства й держави. Слушною в цьому контексті видається думка О. Козлова: якщо додержуватися законів діалектики, то очевидно, що другий із вчинюваних злочинів (тим більше, якщо за перший злочин на винного вже накладалась кримінальна відповідальність) переводить винного в нову якість, підвищуючи ступінь його суспільної небезпеки, а, отже, і ступінь суспільної небезпеки скоєного ним злочину [3]. Вчинення судимою особою злочину загалом не дозволяє стверджувати про випадковість таких дій. Відмова від спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки буде стимулювати злочинну діяльність та означатиме лояльне ставлення держави до множинності злочинів.

Наведені міркування, на нашу думку, узгоджуються з принципом справедливості у кримінальному праві. Саме принцип справедливості визначає індивідуалізацію відповідальності та покарання. Так, з приводу караності рецидиву відомий дореволюційний дослідник О. Лохвицький писав, що покарання має відповідати не лише ступеню зробленого зла, а і ступеню аморальності злочинців. Ідеальна вимога справедливості якраз і полягає в тому, щоб покарання співвідносити зі ступенем аморальності злочинців [4]. Принцип справедливості є ключовим для кримінального права, на ньому має ґрунтуватись закон, а не навпаки. Законне те, що справедливе.

Принцип справедливості інколи визначають через сукупність двох складових – індивідуалізації відповідальності та рівності перед законом (В. Мальцев). Не дискутуючи щодо цього підходу, зауважимо, що в будь-якому разі рівність перед законом варто розглядати крізь призму принципу справедливості. У цьому аспекті варто пригадати, як визначав справедливість Аристотель. Він писав про дві її форми – зрівняльну і розподільну. Якщо розглядати справедливість у зрівняльному аспекті, то, справді, кожна особа, котра вчинила злочин, повинна мати рівні з іншими підстави та межі відповідальності (рівність усіх перед законом). Але відповідно до розподільної форми справедливості кожна особа підлягає «своїй» відповідальності, яка персоніфікується з урахуванням об'єктивних особливостей діяння та індивідуальних властивостей особи, яка його вчинила. І тут правило рівності вже не діє. Так само не можуть бути рівними перед законом виконавець та організатор злочину; особа, яка вчинила закінчений злочин і замах на нього; особа, котра вчинила злочин вперше, і той, хто вчинив кілька злочинів, тощо. Кримінальне право – галузь права, в якій найбільшою мірою застосовується індивідуальний підхід у реалізації юридичної відповідальності.

Відмова від фактичної повторності (повторності, не пов'язаної із засудженням за попередній злочин) як кваліфікуючої ознаки може призвести до результату, протилежного очікуваному прибічниками такої ідеї. Спробуємо пояснити свою думку. Значне посилення караності злочинів, вчинюваних повторно, порівняно з караністю аналогічних одиничних злочинів вважається не виправданим. Однак якщо фактична повторність

як кваліфікуюча ознака з нашого КК зникне, то кожен із фактично вчинених тотожних злочинів отримуватиме самостійну (окрему) кримінально-правову оцінку, у тому числі на етапі остаточної кваліфікації вчиненого, що, вочевидь, матиме своїм наслідком призначення покарання за правилами, закріпленими у ст. 70 КК «Призначення покарання за сукупністю злочинів». Так, на думку М. Хавронюка, у разі виключення вказівки на повторність із КК України повторне вчинення будь-якого злочину, за який особа раніше не була засуджена, незалежно від того, передбачений він іншою чи тією самою статтею (частиною статті) КК, можна буде кваліфікувати за правилами про сукупність злочинів [5]. У разі ж застосування ст. 70 КК остаточне покарання за певних умов може бути призначене в межах максимального строку, встановленого для певного виду покарання в Загальній частині КК. Таким чином, не виключені ситуації, коли покарання, яке призначається на підставі норми КК, що передбачає повторність як кваліфікуючу ознаку, за суворістю буде поступатись покаранню, призначеному за правилами про сукупність кількох тотожних злочинів. Парадокс полягає в тому, що експлуатація неодноразовості та рецидиву (судимості) за гуманним варіантом (одноактна розправа за кваліфікований злочин замість формально припустимої кримінальної відповідальності за декілька деліктів) тлумачиться або може бути розцінена як порушення загальноправового принципу *non bis in idem* [6].

Досить часто прибічники поширюваного тлумачення принципу «*non bis in idem*» займають позицію, згідно з якою факт вчинення злочину в минулому має лише кримінологічне значення (стосується кримінологічних ознак особи злочинця). Однак не варто ігнорувати усталені в доктрині положення про те, що особа винного у вчиненні злочину вивчається різними юридичними науками, включаючи кримінологію і кримінальне право, і про те, що з кримінально-правової точки зору ця особа характеризується: 1) особливостями, які стосуються її як суб'єкта злочину і впливають на кваліфікацію; 2) особливостями, які стосуються особи винного і враховуються при індивідуалізації покарання. Так, В.В. Голіна пише, що попередня судимість особи – не просто біографічна риса, а в розглядуваному контексті головна кримінально-правова ознака кримінологічної характеристики особи злочинця [7]. Повторне вчинення злочину є ознакою юридично значущою, принаймні на сьогодні і доти, поки потенційно можливі зміни не стануть реальністю. На імовірний закид про те, що повторне вчинення злочину не є особистою якістю суб'єкта, відповімо словами знаної на теренах СНД дослідниці кваліфікуючих ознак складу злочину Т. Леснієвськи-Костаревої про те, що спеціальний рецидив характеризує не лише особу винного, а і відбивається у вчиненому, підвищує його суспільну небезпеку, а отже, може бути врегульований в законі як кваліфікуюча ознака [8]. Закон має визначати справедливі санкції з урахуванням усіх обставин справи, у тому числі тих, які характеризують особу винного. Несправедливою в цьому сенсі має визнаватися ситуація, за якої відсутня диференціація кримінальної відповідальності або вона буде наявною (за рахунок обставин, що посилюють покарання), але не відповідатиме типовій суспільній небезпеці діяння та адекватній оцінці властивостей особи, яка його вчинила.

Узагалі з приводу того, що при визначенні суспільної небезпеки злочину не повинні ігноруватись властивості його суб'єкта, можна наводити чимало висловлювань багатьох відомих фахівців з кримінального права. Так, М. Таганцев, спростовуючи свого часу тезу про те, що визнання повторності злочинів обставиною, яка посилює відповідальність, нібито суперечить принципу «*non bis in idem*», зазначав таке. При повторенні ми не судимо та не караємо минуле діяння, за яке злочинець уже розплатився з суспільством, а беремо до уваги лише ті видозміни, які це минуле внесло в нове злочинне діяння. Ми враховуємо, що минула судимість змінює навіть об'єктивне значення діяння, змінює розмір шкоди, страху, побоювання, що викликається злочинним діянням. Ще більше підстав для зміни відповідальності вбачаємо ми в суб'єктивному елементі: ступінь закоренілості, злочинна звичка, яка визначає злочинну волю та надає їй особливо небезпечний характер, є без сумніву обставинами, що відносяться до знову вчиненого злочину [9]. У результаті емпіричних досліджень сучасним українським науковцем В.Л. Чубаревим було доведено, що кількість вчинених злочинів є одним із факторів, які визначають тяжкість злочинного діяння [10].

Ми визнаємо, що обставини, які визначають суспільну небезпеку злочину (у тому числі різні прояви множинності), потребують у сучасних умовах перегляду. Однак кваліфікована відповідь на питання, в якому вигляді (обсязі тощо) для потреб диференціації кримінальної відповідальності має використовуватись суспільна небезпека особи злочинця, може бути дана лише в результаті спеціальних (у тому числі кримінологічних) досліджень. До того ж, якщо сприйняти тезу про винятково кримінологічне значення особи винного і бути послідовним, то з п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України треба виключати вказівку на особу винного. Адже це, мовляв, не кримінально-правове, а кримінологічне поняття, а отже, йому не місце в тексті кримінального закону.

Варто застерегти і від такого тлумачення принципу «*non bis in idem*», за якого посилення покарання за вчинення злочину, кваліфікуючою ознакою якого виступає повторність або спеціальний рецидив, заперечується, і водночас допускається призначення за злочин, вчинений повторно, більш суворого покарання в межах санкції норми Особливої частини КК. Постає питання: чому врахування повторності і рецидиву при призначенні покарання (як обтяжуючої обставини, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 67 КК, або як показника особи винного) не може розцінюватись як порушення принципу «*non bis in idem*» у широкій інтерпретації цього принципу? Адже і тут

ми спостерігаємо нашарування попередньої кримінально значимої поведінки. Вочевидь, немає принципової різниці в тому, що це нашарування та, як наслідок, посилення кримінально-правового обтяження має місце не при інкримінуванні певного складу злочину, а при призначенні покарання. І в першому, і в другому випадку факт вчинення особою злочину в минулому впливає на кримінальну відповідальність цієї особи. Виходить, що і п. 1 треба виключати з ч. 1 ст. 67 КК як норму, яка нібито суперечить принципу «non bis in idem».

Схиляючись до думки про збереження повторності та рецидиву як кваліфікуючих ознак окремих складів злочинів, звернемось до відповідного законодавчого досвіду низки зарубіжних країн. Так, за законодавством багатьох країн (це, зокрема, Австрія, Бельгія, Італія, Куба, Польща, Угорщина, Туреччина, Франція, Швеція, Японія) покарання за рецидив (на відміну від України) призначається із перевищенням максимального розміру покарання, закріпленого у санкції кримінально-правової норми, інкримінованої винному [11]. Більше того: у деяких країнах при такому збільшенні покарання береться до уваги однорідність чи різнорідність раніше вчиненого і нового злочину (інакше кажучи, враховується набуття особою злочинного професіоналізму). Показово, що передбачений § 83 КК Данії порядок, за якого покарання подвоюється, якщо особа, відбуваючи покарання у вигляді позбавлення волі, вчиняє певний злочин, справедливо розцінюється у вітчизняній літературі як вирішення датським законодавцем проблеми запобігання рецидивній злочинності [12]. Ми не вбачаємо принципової різниці між згаданим вище підходом зарубіжного законодавця і закріпленням у чинному КК України спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки складів конкретних злочинів.

Продовжуючи вести мову про зарубіжний досвід, який насправді є багатограним (неоднозначним) і, на нашу думку, вимагає більш прискіпливого осмислення в контексті розглядуваних проблем, зазначимо і таке. Можна по-різному ставитись до теорії «небезпечного стану особи», але навряд чи варто ігнорувати те, що вона фактично втілена в кримінальному законодавстві низки зарубіжних країн, які ми можемо називати такими, що характеризуються високим рівнем правового розвитку. У законодавстві цих країн для позначення осіб, які становлять підвищену небезпеку для суспільства, використовуються звороти на кшталт «звичайний злочинець», «професійний злочинець», «закоренілий злочинець» тощо [13]. І при визначенні виду та обсягу кримінально-правового обтяження за вчинені такими особами злочини обов'язково враховується специфічний статус цих осіб; іншими словами, береться до уваги не лише те, що вчинено, а і те, хто це вчинив (за вітчизняною кримінально-правовою термінологією враховується, зокрема, суспільна небезпека особи винного).

Насамкінець хотілося б зазначити таке. Тлумачення принципу «non bis in idem» є питанням другорядним, оскільки традиційно існувала неоднозначність його розуміння. Напевно, і серед представників вітчизняного законодавчого органу у разі, якщо вони врешті-решт наважаться ініціювати відповідні зміни до кримінального закону, теж не буде одностайності з питання про суть цього конституційного положення. Не є секретом, що будь-яке положення закону можна довести до абсурду. Найголовніше – це зрозуміти, як потенційні зміни до КК України вплинуть на стратегію боротьби із злочинністю (при існуванні взагалі такої в нашій країні) та якою ми воліємо бачити цю стратегію. Автори цих рядків уявляють собі стратегію, в якій, з одного боку, є місце вдосконаленням інститутам судимості і множинності злочинів, а, з іншого, в її межах забезпечується гуманний, привілейований, стриманий у плані застосування кримінально-правової репресії підхід щодо так званих випадкових злочинців і тих осіб, які здатні виправитися. Поєднання таких «плюсів» і «мінусів» повинне сприяти встановленню в нашій країні правопорядку, за якого кожній людині буде гарантовано захист від злочинних посягань завдяки потужній превентивній складовій норм кримінального законодавства. Формальний підхід до розв'язання розглядуваної в цій статті кримінально-правової проблеми видається нам украй небажаним.

1. Латинская юридическая фразеология / составитель проф. Б.С. Никифоров. – М., 1979. – С. 168.
2. Бойко А.И. Система и структура уголовного права: В 3-х т. Т. II. Системная среда уголовного права. – Ростов-на-Дону, 2007. – С. 69.
3. Козлов А.В. О критериях качества уголовного законодательства // Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью: сборник научных трудов / под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Лопашенко. – Саратов, 2008. – С. 89.
4. Бытко Ю.И. Учение о рецидиве преступлений в российском уголовном праве: История и современность. – Саратов, 1998. – С. 192.
5. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. – К., 2006. – С. 262.
6. Бойко А.И. Вказана праця. – С. 70.
7. Голіна В.В. Судимість: монографія. – Х., 2006. – С. 74–75.
8. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – С. 271.

9. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 2. – М., 1994. – С. 309.
10. Чубарев В.Л. Тяжесть преступного деяния: монография. – К., 1992. – С. 49–51, 119–121.
11. Батыргареева В.С. Закрепление института рецидива преступлений в уголовном законодательстве различных государств // Государство и право. – 2005. – № 4. – С. 47; Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. Монография. Под общ. и науч. ред. д.ю.н., проф. С.П.Щербы. – М., 2009. – С. 371–372.
12. Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 266.
13. Додонов В.Н. Вказана праця. – С. 369–370; Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. – СПб., 2007. – С. 283–289; Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М., 2001. – С. 528–530; Уголовный кодекс Испании. Под ред. и с предисл. Н.Ф. Кузнецовой и Ф.М. Решетникова. – М., 1998. – С. 39.

ДИСКУСІЙНІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ІНСТИТУТУ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ¹

Зв'язок кримінального права з конституційним правом, будучи ієрархічним, відрізняється від інших видів міжгалузевих зв'язків. Враховуючи пріоритетну роль конституційних норм у регулюванні суспільних відносин, кримінальне право має формуватися на підставі Конституції України, інших конституційних законів, основні положення яких повинні конкретизуватися і розвиватися в Кримінальному кодексі України (далі – КК). Змістовно зв'язок конституційного і кримінального права є багатоаспектним (про це свідчать і напрями наукового пошуку, розповсюджені серед учасників форуму).

Так, усталене останнім часом у кримінально-правовій доктрині (П.П. Андрушко, Л.П. Брич, А.А. Музика, В.О. Навроцький та ін.) правило кваліфікації «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується» своїм підґрунтям, крім відповідної правової позиції Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), має складову презумпції невинуватості, закріпленої в ст. 63 Конституції України. Існує, щоправда, точка зору (І.А. Клепицький), згідно з якою конституційний імператив «усі сумніви щодо доведеності особи, які неможливо усунути, повинні тлумачитися на її користь» є процесуальним, а тому діє лише в доказовій сфері і стосується вирішення питань факту, а не права. Безспірними є тези про те, що: право на визначеність правових норм – одне з найбільш невід'ємних прав людської особистості; без такої визначеності взагалі не може бути і мови про будь-яке право (І.О. Покровський); приписи закону про кримінальну відповідальність мають визначати кримінально каране діяння у чітких та ясних виразах (М.І. Хавронюк). Однак поки що формальна визначеність усіх без винятку кримінально-правових норм – такий собі ідеал, до якого законодавцю варто прагнути. До того ж постає питання, як бути з оціночними поняттями, які, забезпечуючи гнучкість кримінально-правового регулювання, необхідні для відображення в кримінальному законі багатоманітності предметів, явищ і процесів соціального життя? У зв'язку зі сказаним бажано включити до КК норму, подібну до ч. 3 ст. 63 Конституції України, яка б дозволяла враховувати специфіку вирішення питань матеріального права у випадках неоднозначності положень не лише КК, а і регулятивного законодавства, до норм якого відсилають бланкетні диспозиції статей КК. На мій погляд, пропонується новела мала б становити собою прояв (аспект) одного з правових принципів (скоріш за все, справедливості), які (зокрема, за прикладом КПК України 2012 р.) повинні врешті-решт знайти відображення в тексті КК.

Втіленням низки правових принципів якраз і виступає звільнення від кримінальної відповідальності – форма реагування сучасної держави на вчинення злочинів, альтернативна покаранню та звільненню від покарання та його відбуванню. При цьому дискусії щодо конституційності цього кримінально-правового інституту у вітчизняній юридичній літературі не вщухають, а нещодавні законодавчі зміни спроможні лише загострити їх.

1. Перманентне оновлення антикорупційного законодавства торкнулось і інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Мається на увазі доповнення на підставі Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» статей 45–48 КК словами «крім корупційних злочинів». Зрозуміло, що здійснене обмеження сфери застосування норм КК про загальні види звільнення від кримінальної відповідальності викликане благородною метою і покликане забезпечити невідворотність кримінальної відповідальності за злочинні порушення антикорупційного законодавства. Разом з тим така новела ігнорує поділ кримінального права на Загальну та Особливу частини (а він вважається значним досягненням законодавчої техніки), ламає усталений підхід до класифікації звільнення від кримінальної відповідальності на загальні і спеціальні види, є типовим прикладом фрагментарних змін КК. Ці зміни навряд чи можуть бути оцінені інакше як прояв недовіри держави в особі парламенту до суддівського корпусу, не спроможного кваліфіковано і виважено застосовувати норми КК про загальні види звільнення від кримінальної відповідальності щодо порушників антикорупційного законодавства. Як слушно зазначається в літературі, посилення суворості кримінально-правових норм має зумовлюватись не швидкоплинними, кон'юнктурними міркуваннями, не бажанням продемонструвати особливе завзяття в боротьбі з тими чи іншими злочинами (зокрема, під тиском громадських і політичних сил, нетерпляче налаштованих до певної категорії злочинців), а справжньою життєвою необхідністю, гідними науковими напрацюваннями [1, с. 64].

Очевидно, що аналізовані зміни до статей 45–48 КК носять чітко виражений казуїстичний характер, не маючи нічого спільного з ідеєю системності кримінального права. Не викликає сумнівів, що присвячені звільненню від кримінальної відповідальності положення Загальної частини КК потребують удосконалення (надання видам звільнення від кримінальної відповідальності умовного характеру, виключення з КК і КПК як архаїчних положень про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, уніфікація норм про примирення, передбачених КК і КПК, розширення суб'єктного складу кримінально-правового примирення та його правових наслідків за рахунок звільнення від покарання та його відбування, включен-

¹ Стаття опублікована: Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ, ВАІТЕ 2015. – С. 82–94.

ня норми, покликаної вирішувати питання конкуренції законодавчих положень про різні види звільнення від кримінальної відповідальності, тощо), однак це має відбуватись без прив'язування до конкретних видів злочинів на кшталт корупційних. У протилежному випадку відбуватиметься «розмивання» Загальної частини КК, яка становить собою сукупність законодавчо визначених понять та інститутів, необхідних для всіх або переважної більшості положень Особливої частини КК.

Водночас обговорювана тематика спонукає поглянути на вказані законодавчі зміни, які ставлять у несприятливе правове становище порушників антикорупційного законодавства, і під іншим кутом. Закріплений у ст. 24 Конституції України принцип загально-правової рівності перед законом передбачає його конкретизацію в галузевому законодавстві, в тому числі кримінальному. У кримінальному праві рівність перед законом, вочевидь, повинна означати не лише обов'язок осіб понести однакову кримінальну відповідальність за вчинення злочинів, однакових за характером і ступенем суспільної небезпеки, а і рівність при здійсненні іншого, передбаченого КК кримінально-правового реагування (впливу) на такі злочини. Як слушно зазначає Ю.В. Баулін, звільнення від кримінальної відповідальності підпорядковане низці правових принципів, включаючи справедливість і рівність громадян перед законом [2, с. 373]. Якщо виходити з усталеного положення про те, що саме в санкціях кримінально-правових норм у стислій (сконцентрованій) формі знаходить відображення суспільна небезпека злочину, а санкція є законодавчою оцінкою рівня суспільної небезпеки злочину певного виду, то немає достатніх підстав вести мову про якусь принципову відмінність суспільної небезпеки злочинів, віднесених законодавцем до числа корупційних (примітка ст. 45 КК), від суспільної небезпеки інших кримінально караних посягань.

Слід враховувати і те, що рівність перед законом варто розглядати крізь призму принципу справедливості, а кримінальне право – галузь права, в якій максимальною мірою застосовується індивідуальний підхід у реалізації юридичної відповідальності. Згідно ж із розподільчою стороною справедливості кожна особа підлягає «своїй» відповідальності, яка персоніфікується з урахуванням суспільної небезпеки діяння та індивідуальних властивостей особи, яка його вчинила. Тобто рівність перед кримінальним законом не виключає, а, навпаки, передбачає індивідуалізацію кримінальної відповідальності, іншого кримінально-правового реагування на вчинений злочин, здійснюваної, однак, вже на етапі правозастосування. Законодавче ж обмеження сфери застосування норм КК про звільнення від кримінальної відповідальності щодо корупційних злочинів (а подібні зміни було внесено і до норм КК про звільнення від покарання та його відбування) є несправедливим у тому сенсі, що унеможливорює вказану індивідуалізацію.

З огляду на сказане і на те, що ч. 3 ст. 22 Конституції України забороняє при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів звужувати зміст та обсяг існуючих прав і свобод, цілком можна спрогнозувати розгляд Конституційним Судом України (далі – КСУ) питання про конституційність згаданих положень Закону «Про Національне антикорупційне бюро України». Про те, що такий варіант забезпечення верховенства Конституції України щодо змісту кримінального закону не виключається, свідчить, крім усього іншого, аргументація, наведена в рішенні КСУ від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання. Нагадаю, що неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості застосовувати її положення до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, КСУ, зокрема, обґрунтував невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права – справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. У зв'язку з цим пригадується висловлювання дореволюційного дослідника І.В. Михайловського про те, що саме суд, який перевіряє конституційність закону, стає істинним охоронцем конституції, захисником прав особистості навіть всупереч законодавчій владі, якщо вона захопиться тимчасовими течіями, суперечними духу конституції [1, с. 5].

Викладене вище дозволяє критично оцінити пропозицію О.Ю. Бусол включити до ст. 44 КК України частину 3 третю, згідно з якою звільнення від кримінальної відповідальності не застосовуватиметься у випадку вчинення суб'єктом кримінального правопорушення (злочину), яке містить ознаки корупції і корупційного правопорушення [3, с. 6, 15, 28]. Крім того, що пропонується новела не відрізняється в кращий бік від розглянутого включення в статті 45–48 КК словосполучення «крім корупційних злочинів», вона, вочевидь, унеможливить застосування спеціального заохочувального припису (ч. 5 ст. 354 КК), згідно з яким особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, за певних умов звільняється від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК. Можна, звичайно, по-різному оцінювати якість чинної редакції згаданого заохочувального припису, однак навряд чи варто ігнорувати ту очевидну обставину, що охоплювані поняттям корупції правопорушення носять прихований та узгоджувальний характер, а розкриття фактів кримінально караної корупції у переважній більшості випадків можливе тільки за умови співпраці однієї зі сторін злочинної угоди з правоохоронними органами.

2. В юридичній літературі України (праці К.П. Задой, М.Й. Коржанського, Ю.В. Луценка, С.Д. Шапченка, С.С. Яценка та ін.) розповсюдженою є точка зору, згідно з якою такий законодавчий крок, як віднесення звіль-

нення від кримінальної відповідальності до компетенції суду (ч. 2 ст. 44 КК України, ч. 1 ст. 286 КПК України), не спроможний вирішити проблему невідповідності матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності та процесуальної форми його втілення конституційному принципу презумпції невинуватості. Суть згаданої позиції, якщо викласти її стисло, полягає в тому, що закриття кримінального провадження ухвалою суду без постановлення обвинувального вироку, яким тільки і може бути встановлено винуватість особи у вчиненні злочину, не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості. Поки суд не встановив в обвинувальному вироку факт вчинення особою злочину, її не можна звільнити від кримінальної відповідальності; якщо ж в діянні наявний склад злочину, то, відповідно, особу можуть звільнити не від відповідальності, а лише від покарання та його відбування. Конституційна презумпція невинуватості при звільненні від кримінальної відповідальності залишається не спростованою.

Дотримуючись іншої точки зору з позначеної проблеми [4, с. 94–102], відзначу, що буквальне тлумачення ч. 1 ст. 62 Конституції України дозволяє стверджувати таке: встановлення винуватості особи у вчиненні злочину саме обвинувальним вироком суду вимагається лише в тому разі, коли особа піддається покаранню. Конституція України, на мою думку, не дає чіткої відповіді на питання, в якому порядку має встановлюватись винуватість особи у вчиненні злочину, якщо цій особі покарання не призначається.

Таку ж позицію займає Ю.В. Баулін, на погляд якого ч. 1 ст. 62 Конституції України не виключає того, що суд може визнати звільнювану від кримінальної відповідальності особу такою, яка вчинила злочин, у процесуальному порядку, відмінному від винесення обвинувального вироку. Вчений доводить, що жодна зі складових презумпції невинуватості при звільненні від кримінальної відповідальності не страждає (на особу не покладається обов'язок доводити свою невинуватість, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь тощо) [5, с. 54–55; 6, с. 277–278]. Механічне відтворення ч. 1 ст. 62 Конституції України в ч. 2 ст. 2 КК дозволило В.О. Гацелюку справедливо дорікнути законодавця в нелогічності: «Закріплюючи широкий спектр видів звільнення від кримінальної відповідальності, відмовляючись від принципу невідворотності не тільки покарання, а й відповідальності, законодавець чомусь у ч. 2 ст. 2 КК пов'язує визнання особи винною у вчиненні злочину з призначенням їй покарання» [7, с. 156].

ЄСПЛ, інтерпретуючи презумпцію невинуватості як складову права кожного на справедливий суд (ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р.), неодноразово вказував на те, що Конвенція має тлумачитись таким чином, щоб гарантувати конкретні і реальні, а не ілюзорні і теоретичні права. Так, порядок спростування презумпції невинуватості може розрізнятись, але із гарантуванням при цьому права особи на захист. Виявляється, що практика ЄСПЛ не відкидає як таку можливість закриття кримінальної справи навіть на етапі досудового розслідування, зокрема, якщо особа відмовилась від свого права на судовий захист, визнає себе винуватою і відшкодовує заподіяну шкоду, а також в інших випадках, коли слідство не вважає за необхідне передавати справу до суду. Про це варто пам'ятати, даючи оцінку рішенням ЄСПЛ від 21 вересня 2006 р. у справі «Габчук проти України», яким Суд визнав порушенням презумпції невинуватості винесення постанов про закриття кримінальної справи щодо заявниці, сформульованих таким чином, що не залишалось сумніву у винуватості особи. Вказані постанови, зокрема, у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, слідчий і суд ухвалювали, не дивлячись на те, що Габчук не визнавала себе винуватою в інкримінованій їй халатності (ст. 167 КК 1960 р.).

З погляду дотримання європейських стандартів і пріоритету змісту над формою принципове значення має те, що закріплений у § 2 глави 24 чинного КПК України порядок звільнення від кримінальної відповідальності не означає обмеження прав людини (право особи заперечувати про закриття кримінального провадження з цієї підстави, розгляд відповідного клопотання судом у присутності сторін кримінального провадження і потерпілого, можливість оскарження ухвали про закриття кримінального провадження в апеляційному порядку тощо). Виходить, що у випадку закриття кримінального провадження за нереабілітуючою підставою права обвинуваченого, який дає згоду на таке закриття, не порушуються (не обмежуються). Конституційний ж принцип презумпції невинуватості покликаний забезпечити права конкретної особи у сфері кримінального судочинства, перешкодити їй безпідставному засудженню. Подібним чином розмірковують В.М. Куц та А.М. Яценко, які розв'язання проблеми конституційності аналізованого інституту вбачають в уточненні назви останнього: «Положення ч. 2, ч. 3 ст. 285, ч. 2 ст. 286 КПК України ... істотно гарантують забезпечення прав і законних інтересів особи, яка підлягає звільненню від кримінальної відповідальності (звільненню від притягнення до кримінальної відповідальності)» [8, с. 129]. До того ж, оскільки порушник кримінально-правової заборони має чітко усвідомити факт вчинення ним передбаченого КК діяння, відчути у зв'язку з цим свою провину і зробити для себе висновок про недопущення подібної негідної поведінки в майбутньому, закріплений КПК судовий порядок звільнення від кримінальної відповідальності має очевидні переваги.

Звернення до міжнародно-правових документів дозволяє запропонувати варіант розв'язання проблеми конституційності інституту звільнення від кримінальної відповідальності, пов'язаний із викладенням у новій редакції ч. 1 ст. 62 Конституції України. Адже вона може тлумачитись і інакше порівняно з тим, як це роблять,

зокрема, Ю.В. Баулін чи О.С. Козак. Наприклад, К.П. Задоя, посилаючись на рішення КСУ у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора від 30 січня 2003 р. і критикуючи названих авторів за їхнє тлумачення ч. 1 ст. 62 Конституції України (за визнання фрагментів «вважається невинуватою» та «не може бути піддана кримінальному покаранню» взаємозалежними), стверджує, що невинуватість особи та неможливість піддати її покаранню є цілком окремими, самостійними наслідками відсутності обвинувального вироку, постановленого щодо особи [9, с. 143–144].

Хотів би зауважити, що обстоюване в тому числі автором цих рядків тлумачення ч. 1 ст. 62 Конституції України узгоджується з міжнародно-правовими документами з прав людини. Так, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим, поки його вину не буде доведено в законному порядку. Подібне формулювання міститься в ч. 2 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, а згідно з ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатись невинною доти, поки її винність не буде встановлено в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, при якому їй забезпечують всі можливості для захисту. Як бачимо, зазначені документи не виключають можливість визнання особи винуватою у вчиненні злочину процесуальним актом, відмінним від обвинувального вироку суду. Крім цього, закріплене в ч. 1 ст. 62 Конституції України формулювання презумпції невинуватості є (порівняно із визначеннями цього принципу в згаданих міжнародно-правових документах) більш конкретизованим.

До речі, це саме можна було сказати про ст. 160 Конституції СРСР 1977 р., у зв'язку з чим М.М. Михеєнко вважав за необхідне зробити застереження про те, що зміст презумпції невинуватості, закріпленої у ст. 160 Конституції СРСР, стосується лише тих кримінальних справ, які вирішуються судом по суті в стадії судового розгляду. При цьому суть принципу презумпції невинуватості вбачалась науковцем у тому, що особа вважається невинуватою, поки її винуватість не буде доведено у встановленому законом порядку і визнано рішенням, яке вступило в законну силу і завершує провадження у кримінальній справі [10, с. 43–57].

Отже, регламентований КК і КПК інститут звільнення від кримінальної відповідальності навряд чи суперечить презумпції невинуватості в тому вигляді, в якому цей процесуальний принцип закріплено у ч. 1 ст. 62 Конституції України. Водночас з тим, щоб усунути ґрунт для висвітленої вище дискусії та унеможливити визнання КСУ інституту звільнення від кримінальної відповідальності неконституційним (а такий деструктивний для вітчизняної правової системи варіант розвитку подій, вочевидь, не виключається), легальне описання вказаного конституційного принципу бажано вдосконалити, узгодивши його з міжнародно-правовими актами з прав людини (вилучивши з цієї конституційної норми вказівку на встановлення винуватості особи виключно обвинувальним вироком суду і призначення особі кримінального покарання). Такий варіант удосконалення законодавства видається більш прийнятним, ніж, наприклад, використання при описанні в КК інституту звільнення від кримінальної відповідальності (замість вказівки на особу, яка вчинила злочин) процесуальних за своїм характером зворотів на кшталт «особа, яка підозрюється, обвинувачується у вчиненні злочину» або ж узагалі відмова від інституту звільнення від кримінальної відповідальності, який попри відому критику в цілому відповідає світовим стандартам практики боротьби зі злочинністю, узгоджується із гуманістичними тенденціями розвитку кримінального права, широко застосовується на практиці тощо.

3. Із тематикою форуму та інститутом звільнення від кримінальної відповідальності тісно пов'язана проблема належного кримінально-правового реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто порушив кримінальний закон, стає результатом змін не цього закону, а тих іншогогалузевих джерел права (як правило, нормативно-правових актів), до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК. Про злободенність цієї кримінально-правової проблеми свідчить, наприклад, той факт, що відносно нещодавно перед членами Науково-консультативної ради ВССУ ставилось питання про вплив на кримінальну відповідальність здійснюваних уповноваженим державним органом змін у переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів як предметів злочинів, передбачених розділом XIII Особливої частини КК.

Один із підходів до розв'язання позначеної проблеми, який ґрунтується в тому числі на сумнозвісному (або, як висловився А.А. Музика, одіозному) рішенні КСУ від 19 квітня 2000 р. у справі про зворотну дію кримінального закону в часі, полягає в тому, що зміни в регулятивному законодавстві не означають зміни кримінального закону, проте спроможні викликати втрату суспільної безпеки вчиненого злочину, у зв'язку з чим їх пропонується розглядати як об'єктивний критерій зміни обстановки – передумову дискреційного звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченого ст. 48 КК. Інший підхід визнає існування опосередкованої декриміналізації, притаманної саме для кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями, – випадків, коли зменшення обсягу криміналізації відбувається без зміни тексту закону про кримінальну відповідальність. Стверджується, що зміни іншогогалузевих (щодо КК) нормативно-правових актів за юридичними наслідками порівнювані зі змінами самого кримінального закону. Теоретично в розглядуваній ситуації варто вести мову про зворотну силу не кримінального закону як такого, а зміненої кримінально-правової норми як системного утворення, що

складається із власне кримінально-правового припису і положення «некримінального» нормативно-правового акта. Знайти при цьому юридичну підставу для надання зворотної сили саме кримінально-правовій нормі із бланкетною диспозицією зі змінюваним «регулятивним змістом» не видається за можливе. Адже, як слушно зазначає О.І. Денькович, і Конституція України, і КК України зворотню дію в часі визнають не за правовими нормами, а за законами та іншими нормативно-правовими актами, їх статтями [11, с. 100].

Незважаючи на те, що з урахуванням викладеного вище ст. 5 КК не може застосовуватись у випадку опосередкованої декриміналізації, на остаточний висновок про зворотну силу нормативно-правового акта в такому разі це не впливає. Річ у тім, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції України), сформульована порівняно зі ст. 5 КК більш широко – таким чином, що вона охоплює випадки опосередкованої декриміналізації. Адже нею передбачено зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також). Допоки ч. 1 ст. 5 КК, яка вважається втіленням у кримінальне законодавство (конкретизацією) ч. 1 ст. 58 Конституції України, не охоплює собою випадки опосередкованої декриміналізації, за наявності останньої варто звертатись безпосередньо до згаданої норми Основного Закону країни, яка містить універсальне формулювання. До речі, думка про пріоритет вказаного конституційного припису висловлюється багатьма вітчизняними дослідниками, які не можуть не зважати на найвищий (конституційний) рівень закріплення положення про зворотну силу певних нормативно-правових актів. Взагалі з урахуванням того, що Основний Закон країни, який має найвищу юридичну силу, містить норми прямої дії, останні можуть і повинні безпосередньо застосовуватись в процесі реалізації кримінально-правових відносин – за наявності прогалини в Загальній частині кримінального закону або колізії норм Конституції і КК. При цьому, як слушно зазначається в літературі, вказані норми застосовуються саме як конституційні, а не як кримінально-правові [12, с. 433].

Насамкінець зауважу, що наявність у Конституції України положень кримінально-правового характеру, призначених для регулювання відносин, які становлять предмет кримінального права, і можливість безпосереднього застосування положень Конституції України для вирішення питань матеріального кримінального права схилиють до ствердної відповіді на питання, чи є Конституція України джерелом кримінального права України. Разом з тим вважаю за доречне зазначити, що проблема праворозуміння є фундаментальною (в теорії права виокремлюють вузьке і широке праворозуміння та, своєю чергою, їх окремі напрями з відповідними перевагами і вадами), у зв'язку з чим кожен дослідник, який береться за розв'язання проблеми джерел кримінального права та їх оптимального законодавчого відображення, має передусім чітко визначитись із тим, яке саме розуміння права він за умов існуючого плюралізму підходів сприймає.

1. Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: монография / А.В. Елинский. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 496 с.
2. Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / колектив авторів. Відп. ред. Ю.В. Баулін. – Донецьк: ПП «ВД «Кальміус», 2013. – 424 с.
3. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.Ю. Бусол. – К., 2015. – 37 с.
4. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького / О.О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.
5. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія / Ю.В. Баулін. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
6. Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Х.: Право, 2013. – 1233 с.
7. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – 1112 с.
8. Куц В.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правовий аспект): монографія / В.М. Куц, А.М. Яценко. – Х.: Юрайт, 2013. – 328 с.
9. Задоя К.П. Відповідність Конституції України окремих заходів кримінально-правового впливу / К.П. Задоя // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1. – С. 142–152.
10. Михеєнко М.М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: вибрані твори / М.М. Михеєнко. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 240 с.
11. Денькович О.І. Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Денькович Ольга Іванівна. – Львів, 2015. – 270 с.

12. Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права. – СПб.: Издание профессора Малинина, 2005. – 699 с.

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ І ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВІДБУВАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА¹

Будучи в основному заохочувальними, норми про звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування згруповані в чинному КК України в самостійні кримінально-правові інститути, кожен з яких має особливості як у законодавчій регламентації, так і в практичному застосуванні. «Кримінальний кодекс 2001 року підняв ці інститути на якісно вищий рівень – виділивши в окремі розділи, розширивши кількість їх видів, здійснивши суттєве пом'якшення умов їх застосування» [1, с. 61].

Окремі аспекти співвідношення інститутів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування висвітлювались, зокрема, такими науковцями, як Х.Д. Алікперов, Ю.В. Баулін, Ю.В. Голік, А.В. Єндольцева, С.І. Зельдов, С.Г. Келіна, О.М. Костенко, І.В. Красницький, В.А. Ломако, В.О. Меркулова, В.В. Скибицький, М.І. Хавронюк, С.Д. Шапченко. Водночас у вітчизняній доктрині бракує досліджень, присвячених саме порівняльно-правовій характеристиці цих суміжних інститутів. Необхідність звернення до вказаної проблематики зумовлена і появою в юридичній літературі радикальних пропозицій замінити передбачені КК види звільнення від кримінальної відповідальності аналогічними видами звільнення від покарання [2, с. 6–7]. Одним з аргументів на користь вказаної трансформації слугує те, що в більшості європейських країн «подвоєння» таких схожих кримінально-правових інститутів, як звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування, немає [3, с. 20–26]. Справді, у зарубіжному кримінальному законодавстві елементи звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання, як правило, розглядаються як єдине ціле у той час, як у КК України – це самостійні, відокремлені один від одного інститути. Метою пропонованої статті є здійснення комплексної порівняльно-правової характеристики інститутів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування, що передбачає визначення їх спільних рис, а так само з'ясування розбіжностей у правовій природі і нормативній регламентації зазначених інститутів.

Передусім зауважимо, що обидва ці інститути покликані в привілейованій формі впливати на осіб, які вчинили злочини, однак застосування щодо яких суворих заходів кримінально-правового впливу через різні причини недоцільне або навіть шкідливе. Закріплення в чинному кримінальному законодавстві інститутів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання (його відбування) має завдячувати принципам гуманізму, економії кримінально-правової репресії і справедливості. Суть цих та інших принципів прямо не відображена в тексті кримінального закону, існують лише доктринальні підходи щодо їх розуміння. Так, із найбільш загальної точки зору принцип гуманізму полягає в тому, що людина як вища цінність охороняється всією системою кримінального права [4, с. 671]. Якщо підійти до характеристики принципу гуманізму з огляду на розглядувані у цій статті питання, то можна звузити його суть до необхідності впровадження і розвитку альтернативних кримінальному покаранню заходів впливу на особу, яка вчинила злочин.

Історія розвитку держави і права свідчить, що з постулатом про невідворотність покарання нереально здійснювати ефективну кримінально-правову політику. Життя не прямолінійне, у зв'язку з чим для того, щоб адекватно реагувати на кожен випадок вчинення злочинного посягання та виконувати завдання кримінального законодавства, державі потрібен арсенал різноманітних за змістом засобів. Закріплення в чинному КК таких гнучких форм реагування на злочин, як звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування, їх досить активне застосування на практиці фактично означає трансформацію принципу невідворотності кримінальної відповідальності в положення про невідворотність кримінально-правового реагування на поведінку особи, яка вчинила злочин. Як слушно зазначає Л.В. Головка, звільнення від кримінальної відповідальності є альтернативним способом реакції держави на злочин, коли реакція має місце, однак поза традиційною дихотомією «злочин-покарання», на якій ґрунтується класичне кримінальне право [5, с. 356–357]. Поєднання уважного і чуйного ставлення до людини, яка, можливо, «ненароком» вчинила нетяжкий злочин, і застосування суворих заходів впливу (покарання) щодо небезпечних злочинців – це і є справжній вияв гуманізму в кримінальному праві.

У такій же площині слід розглядати і принцип справедливості. Вчинення будь-якого злочину потребує найбільш адекватного (відповідного, пропорційного) впливу з боку держави. Принцип справедливості означає, що покарання та інші заходи кримінально-правового характеру, які застосовуються до особи, котра вчинила злочин, повинні відповідати характеру і суспільній небезпечності кримінального делікту, обставинам його вчинення та характеристикам особи злочинця [6, с. 39]. Так, якщо особа не вперше вчиняє тяжкий злочин, не кається у вчиненому, не бажає відшкодовувати завдані збитки, реакція держави повинна бути максимально

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 3. – С. 46–52.

суворою, з обов'язковим призначенням такій особі відповідного покарання та його реальним відбуванням. Водночас особа, яка порушує кримінальний закон вперше і після цього співпрацює зі слідством і судом, сумлінно працює тощо, вправі претендувати на ліберальний підхід у вигляді звільнення від осуду та (чи) покарання. Застосування звільнення від покарання та його відбування – не лише засіб економії кримінально-правової репресії, а і прояв до особи, яка вчинила злочин, довіри, заснованої на можливості досягнення цілей покарання без реального його відбування або з частковим відбуванням покарання, його пом'якшенням.

Звільнення від кримінальної відповідальності або покарання не свідчить про виправдання особи, про визнання її невинуватою у злочині. КК, регламентуючи розглядувані правові інститути, виходить із встановлення факту вчинення особою кримінально караного діяння, а тому передбачені законом підстави, зокрема, звільнення від кримінальної відповідальності визнаються nereабілітуючими. З урахуванням того, що від кримінальної відповідальності або покарання може звільнитись лише та особа, яка зобов'язана її нести (якій має бути призначене покарання), вирішенню питання про звільнення від кримінальної відповідальності (покарання) має передувати повне і точне встановлення фактичних обставин і правильна кваліфікація вчиненого злочину. На це орієнтує і Пленум Верховного Суду України, який у п. 2 постанови від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» (далі – постанова Пленуму від 23 грудня 2005 р. № 12) роз'яснив, що при вирішенні питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності суд повинен переконатись у тому, що діяння, яке поставлено особі за провину, дійсно мало місце, що воно містить склад злочину, особа винна в його вчиненні, а також, що умови та підстави її звільнення від кримінальної відповідальності передбачені КК. Лише після цього має бути постановлене (ухвалене) відповідне судове рішення у визначеному КПК порядку. З огляду на сказане, нам складно погодитись із висловлюванням про те, що «суд може припинити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності, не намагаючись впевнитися у наявності вини особи (за умов, визначених законом)» [7, с. 50–51]. За обох видів звільнення відповідне рішення (постанову про закриття кримінальної справи або обвинувальний вирок) ухвалює лише суд. Виключенням є застосування амністії та помилування: оголошення амністії здійснюється Верховною Радою України у формі ухвалення відповідних законів (утім, рішення щодо конкретних осіб, керуючись положеннями цих законів, приймає суд); помилування здійснює Президент України.

Незважаючи на показану вище спільність рис звільнення від кримінальної відповідальності, з одного боку, та звільнення від покарання (його відбування), з іншого, між цими кримінально-правовими інститутами існує й серйозна різниця.

По-перше, регламентуючи підстави, умови та порядок звільнення від кримінальної відповідальності і покарання, законодавець робить це дещо по-різному. Звільнення від кримінальної відповідальності регламентується не лише Загальною, а й Особливою частиною КК, у зв'язку з чим традиційно виокремлюють загальні і спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності. Загальні види передбачені Загальною частиною КК і можуть застосовуватись до осіб, які вчинили різні види злочинів, а спеціальні види закріплені в Особливій частині КК і стосуються складів конкретних злочинів. Визнавши спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною КК, перспективною формою депеналізації, законодавець у КК 2001 р. істотно збільшив кількість відповідних заохочувальних приписів (це, зокрема, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 4 ст. 212, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 3 ст. 369 КК). Натомість звільнення від покарання та його відбування – інститут виключно Загальної частини кримінального права, який складають норми, розміщені в розділі XII Загальної частини КК України.

По-друге, звільнення від покарання та його відбування охоплює дві з трьох форм реалізації кримінальної відповідальності, а саме: 1) здійснення державного осуду, що поєднується зі звільненням особи від застосування будь-якої міри кримінального покарання (наприклад, звільнення від покарання внаслідок втрати особою суспільної небезпечності згідно з ч. 4 ст. 74 КК України); 2) винесення обвинувального вироку суду, яким призначається конкретна міра покарання і в якому водночас міститься рішення про умовне або безумовне звільнення особи від відбування призначеного їй покарання (наприклад, звільнення від відбування покарання з випробуванням, у тому числі неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, які мають дітей до семи років, про що йдеться у ст. ст. 75–79, 104 КК). Розміщення розділу XII після розділів, присвячених покаранню та його призначенню, Ю.В. Баулін називає логічним, оскільки звільнення від покарання та його відбування, як і покарання, є реалізацією кримінальної відповідальності [8, с. 59–60].

Звільнення від покарання та його відбування застосовується тільки до осіб, які були визнані винуватими обвинувальним вирокіом суду та засуджені за вчинення злочину. Незважаючи на звільнення від покарання (його відбування), судом дається негативна оцінка вчиненому злочинному посягання, а також відбувається осуд особи, яка його вчинила. Такий осуд несе в собі каральний елемент. Офіційне, від імені держави визнання людини злочинцем незалежно від призначення їй покарання та його відбування ганьбить («таврує») члена суспільства, принижує його соціальний статус.

При цьому звільнення від кримінальної відповідальності, регламентоване як Загальною, так і Особливою частиною КК України, немає підстав визнавати формою реалізації кримінальної відповідальності. Річ у тім, що у разі звільнення від кримінальної відповідальності відсутній державний осуд того, хто вчинив злочин, який є обов'язковим елементом кримінальної відповідальності. У такому випадку не постановляється обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винуватою у вчиненні злочину і який виражає негативну оцінку вчиненому і діячу з боку держави. У разі звільнення від кримінальної відповідальності при тому, що його підстави є не реабілітуючими, держава з різних міркувань відмовляється від свого права піддати особу, яка вчинила злочин, осуду і, тим більше, примусу, передбачених кримінальним законом. Сказане дозволяє стверджувати, що звільнення від кримінальної відповідальності – це форма реалізації кримінально-правових норм (охоронних кримінально-правових відносин) поза інститутом кримінальної відповідальності.

З огляду на сказане, неприйнятною видається пропозиція звільняти особу від кримінальної відповідальності обвинувальним вирок суду. Адже з винесенням такого вироку і набранням ним законної сили відбувається державний осуд порушника кримінально-правової заборони, тобто на особу, яка вчинила злочин, вже покладається кримінальна відповідальність (навіть якщо це і не поєднується із застосуванням до винуватого примусових заходів кримінально-правового впливу). «З моменту набрання обвинувальним вирок суду законної сили можливе звільнення від покарання або його відбуття чи застосування інших кримінально-правових заходів впливу, що входять до змісту окремих форм кримінальної відповідальності, проте звільнити особу від кримінальної відповідальності вже неможливо» [9, с. 71]. Вимагати, щоб при звільненні від кримінальної відповідальності виносився обвинувальний вирок, означає відмову від цього інституту взагалі, оскільки складовою звільнення від кримінальної відповідальності є, як вже зазначалось, відмова від офіційного осуду (негативної оцінки) злочинної поведінки винуватої особи та від її засудження від імені держави. Тому звільнення від кримінальної відповідальності неможливе ні шляхом обвинувального вироку, ні шляхом виправдувального вироку.

Заходи кримінально-процесуального характеру, хоч і відіграють важливу роль у реалізації кримінальної відповідальності, складовою останньої не визнаються. Регламентовані КПК заходи кримінально-процесуального примусу, не дивлячись на істотність пов'язаних з їх застосуванням обмежень прав і свобод особи (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного), не свідчать про виникнення кримінальної відповідальності як інституту матеріального (кримінального) права. Зазначені заходи, будучи покликаними забезпечувати встановлення істини і невідворотність кримінальної відповідальності за вчинений злочин, не є заходами кримінально-правового впливу і лише створюють необхідні передумови для застосування кримінально-правових норм, а надалі – норм кримінально-виконавчого права. У зв'язку з цим складно погодитись із віднесенням звільнення від кримінальної відповідальності до форм кримінальної відповідальності на тій підставі, що рішенням суду звільнити особу від кримінальної відповідальності може передувати застосування до особи, яка вчинила злочин, заходів кримінально-процесуального примусу, наприклад, взяття її під варту [10, с. 123–129].

Прибічники наведеної точки зору праві хіба що в тому, що позиції Пленуму Верховного Суду України з питання про суть звільнення від кримінальної відповідальності бракує чіткості. Роз'яснивши в п. 1 своєї постанови від 23 грудня 2005 р. № 12, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо особи, яка вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом здійснюваного судом закриття кримінальної справи, Пленум не уточнив галузеву належність закону, який передбачає відповідні обмеження прав і свобод людини. Мова ж у цьому разі повинна йти про те, що на особу не покладаються втрати й обмеження особистого, майнового та іншого характеру, передбачені кримінальним законом як покарання, а також про відсутність судимості як результат невинесення судом обвинувального вироку.

По-третє, для звільнення від кримінальної відповідальності, з одного боку, та звільнення від покарання та його відбуття, з іншого, спільним є фактичне незастосування щодо особи, винуватої у вчиненні злочину, покарання. Інакше кажучи, звільнення від кримінальної відповідальності завжди охоплює і звільнення від покарання. Разом з тим звільнення від покарання не означає звільнення від кримінальної відповідальності, адже у разі звільнення від покарання (його відбуття) має місце щонайменше такий обов'язковий елемент кримінальної відповідальності, як осуд особи, яка вчинила злочин, обвинувальним вирок суду. Крім того, особа, піддана кримінальній відповідальності, може зазнавати певних правообмежень у деяких випадках звільнення від покарання та його відбуття. Наприклад, у ст. 76 КК України перераховані обов'язки, які можуть покладатися судом на особу, звільнену від відбуття покарання з випробуванням у порядку, передбаченому ст. 75 і ст. 79 КК України.

Якщо звільнення від кримінальної відповідальності відбувається до набрання законної сили обвинувальним вирок суду, то від призначення покарання та його відбуття звільняється засуджений, тобто особа, щодо якої постановлено обвинувальний вирок, що набрав законної сили, і яку у такий спосіб вже піддано кримінальній відповідальності. Наприклад, звільнення від відбуття покарання з випробуванням (ст. 75 КК)

передбачає винесення обвинувального вироку, призначення винній особі покарання, а тому вважається не звільненням від кримінальної відповідальності, а специфічним різновидом реалізації кримінальної відповідальності. Отже, про те, що особу вже не може бути звільнено від кримінальної відповідальності свідчить винесений та оголошений судом обвинувальний вирок, який набрав законної сили та яким особу може бути звільнено від покарання чи відбування покарання. Водночас до набрання винесеним вирок законної сили звільнення від кримінальної відповідальності не виключається (зокрема, у випадку скасування судом апеляційної інстанції вироку місцевого суду). Зайвий раз переконуємось у тому, що кримінальна відповідальність і покарання – поняття не тотожні і співвідносяться між собою як ціле і частина.

По-четверте, не всі цілі звільнення від кримінальної відповідальності властиві звільненню від покарання та його відбування. Так, за змістом закону звільнення від кримінальної відповідальності має на меті у тому числі оптимізацію правозастосовного процесу в частині зменшення витрат на розслідування й розгляд справи в суді, а також відновлення порушених злочином прав (відшкодування шкоди, заподіяної злочином). При звільненні від покарання (його відбування) перша з названих цілей може реалізовуватися в іншому вигляді – у вигляді економії державних коштів для забезпечення процесу відбування або виконання покарання. Встановлюючи підстави та порядок звільнення від покарання (його відбування), законодавець впливає на обсяг контингенту, стосовно якого реалізується кримінально-виконавча політика.

Щодо другої із названих цілей, то при звільненні від покарання (його відбування) не вимагається відновлення порушених злочином прав, тоді як для деяких видів звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, передбачених ст. 45 або ст. 46 КК України) це є обов'язковим. Така ситуація є неприйнятною, вона не сприяє усуненню негативних наслідків злочину, відновленню соціальної справедливості і залагодженню соціального конфлікту. Тому резонною видається ідея заборонити для деяких видів звільнення від покарання та його відбування (передусім для звільнення з випробуванням і на підставі закону про амністію) їх застосування без відшкодування завданих збитків.

По-п'яте, через відсутність обвинувального вироку, яким особі призначається покарання, звільнена від кримінальної відповідальності особа вважається такою, що не має судимості. Згідно з ч. 3 ст. 88 КК особи, засуджені за вироком суду без призначення покарання, також визнаються такими, що не мають судимості. Разом з тим при такій формі реалізації кримінальної відповідальності, як засудження особи зі звільненням її від відбування призначеного покарання, виникнення судимості не виключається.

Більше того: звільнення від кримінальної відповідальності має ті ж наслідки, що і погашена чи знята судимість. Визнання особою, яка вчинила злочин вперше, того, кого за раніше вчинений злочин було звільнено від кримінальної відповідальності, і того, з кого судимість за раніше вчинений злочин було знято чи погашено, варто розглядати як приклад кримінально-правової фікції. Формулювання «особа, яка вперше вчинила злочин...» фактично дозволяє звільняти особу від кримінальної відповідальності необмежену кількість разів, що нівелює профілактичне навантаження на відповідні статті КК. Вчинення нового злочину особою, раніше звільненою від кримінальної відповідальності, свідчить про недосягнення щодо такої особи цілей кримінально-правового впливу. Пільговий підхід, який уособлює звільнення від кримінальної відповідальності, неправильно без жодних застережень поширювати на подальшу поведінку вказаної особи. Як справедливо зазначається в літературі, факт звільнення від кримінальної відповідальності, що мав місце, не менше, ніж судимість, вказує на недостатність раніше застосованих заходів впливу для виправлення особи, а отже, на недоцільність нового звільнення від кримінальної відповідальності. Тому особа, раніше звільнена від кримінальної відповідальності, як правило, не повинна знову звільнитись від неї, особливо у випадках, коли вона вчинила однорідні злочини [11, с. 44].

На нашу думку, проблему можна вирішити шляхом внесення змін до КК, які б забороняли повторне звільнення від кримінальної відповідальності за передбаченими в законі підставами протягом певного строку. При визначенні тривалості строку, після спливу якого звільнена від кримінальної відповідальності особа за своїм правовим становищем може бути прирівняна до того, хто раніше взагалі не вчиняв злочину (строку своєрідного законодавчого «мораторію» на застосування звільнення від кримінальної відповідальності), доцільно орієнтуватись на встановлені в ст. 49 КК строки давності. Чи не єдиний сумнів у правильності використання строків давності для обмеження застосування звільнення від кримінальної відповідальності, який спонукає не відкидати повністю і шлях законодавчого надання звільненню від кримінальної відповідальності умовного характеру, полягає у недостатній обґрунтованості закріплених чинним КК України строків давності. Останні «прив'язуються» до класифікації злочинів (ч. 1 ст. 49 КК), яка, своєю чергою, визначається караністю злочинів, а, як відомо, передбачені вітчизняним КК покарання за конкретні злочини – його «ахілсова п'ята».

Підбиваючи підсумки, зазначимо, що звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування, будучи самостійними кримінально-правовими інститутами, взаємозалежні між собою і характеризуються значною кількістю подібних властивостей. Разом з тим їх правова природа є різною: при звільненні від покарання особа, визнана винуватою у вчиненні злочину, звільняється від застосування

щодо неї заходів державного примусу, що полягають в передбаченому законом обмеженні її прав і свобод і становлять зміст покарання; при звільненні від кримінальної відповідальності держава взагалі відмовляється від офіційного осуду особи, діяння якої містить склад конкретного злочину, унаслідок чого така особа уникає кримінально-правових заходів несприятливого характеру, які могли бути накладені на неї у зв'язку з її засудженням. Враховуючи різну юридичну природу та інші відмінності, законодавець передбачає регламентацію звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання і його відбування в різних розділах Загальної частини КК (відповідно, розділи IX і XII). Розглянуті інститути відповідають світовим стандартам практики боротьби із злочинністю, узгоджуються із гуманістичними тенденціями розвитку кримінального законодавства, широко застосовується на практиці, довели свою ефективність, а тому вважаємо за доцільне їх подальше паралельне існування.

1. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Фріс Павло Львович. – К., 2005. – 406 с.
2. Хавронюк М. Диференціація кримінальної відповідальності: чи кримінальна безвідповідальність? // Підприємство, господарство і право. – 2009. – № 8. – С. 3–7.
3. Костенко А.Н. О криминологических основаниях реформирования уголовной юстиции в Украине // Криминологія в Україні та протидія злочинності. – Одеса: Фенікс, 2008. – С. 20–26.
4. Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Издание профессора Малинина – СПб ГКА, СПб., 2008. – 880 с.
5. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 544 с.
6. Панов М. Правова політика як універсальний феномен соціального буття / М. Панов, Л. Герасіна // Право України. – 2001. – № 8. – С. 38–40.
7. Меркулова В.О. Кримінальна відповідальність: окремі теоретичні та соціально-правові аспекти: Монографія. – Одеса: ОЮІ ХНУВС, 2007. – 225 с.
8. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
9. Бурдін В.М. До питання про поняття кримінальної відповідальності за КК України // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 9. – С. 64–73.
10. Колб О.Г., Журавська З.В. Диференціація кримінальної відповідальності // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності. Міжнародний симпозіум, 11-12 вересня 2009 р. – Львів, 2009. – С. 123–129.
11. Песлякас В.Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее. Учебное пособие. – Минск: МВШ МВД СССР, 1988. – 64 с.

ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АМНІСТІЮ¹

Амністія є актом прощення, виявленням гуманізму і милосердя щодо засудженого, з урахуванням чого особа звільняється від покарання або відбування його частини. Слово «амністія» – грецького походження: забуття, що буквально означає, прощення [1]. Пробачити – означає виявити поблажливість, вибачити, пробачити якусь провину, залишаючи її без покарання. У цьому сенсі справедливо буде вважати амністію різновидом юридично оформленого права пробачення особи, яка скоїла злочин, що реалізується від імені суспільства вищими органами державної влади [2].

Амністія відома людству з давніх часів. Перші згадки про застосування амністії як державного заходу зафіксовані в історії демократичних Афін. Остаточна амністія як самостійний юридичний інститут сформувалася в XIX столітті в Західній Європі. Звільнення від кримінальної відповідальності та покарання у зв'язку із амністією відоме і вітчизняному законодавству. У дореволюційному законодавстві між амністією та помилюванням не проводилося чіткого розмежування. Амністія в сучасному розумінні цього поняття вважалася одним із видів помилювання, яке включало в себе помилювання у вузькому значенні, реституцію й амністію. Перший акт амністії, дія якої поширювалася на територію України, було прийнято 3 березня 1917 року. Амністія передбачалася і в конституціях СРСР та УРСР різних часів, кримінальних та кримінально-процесуальних кодексах УРСР, в Основах кримінального законодавства СРСР та союзних республік від 25 грудня 1958 року та в інших нормативних актах [3].

У сучасній кримінально-правовій науці України найбільш вагомий внесок у розвиток вчення про амністію (так само, як і про помилювання), зробили в своїх працях А.А. Березовський, А.А. Музика, О.В. Чепелюк, Б.М. Телефанко, В.В. Устименко, С.М. Школа. Окремо слід відзначити аналіз сучасної судової практики застосування амністії в Україні, зроблений суддею Апеляційного суду Запорізької області В.М. Білоконевим [4].

Відповідно до ст. 92 Конституції України амністія оголошується Верховною Радою України у вигляді відповідних законів. Крім того, в ст. 74 Конституції передбачено додаткові гарантії забезпечення об'єктивності механізму оголошення амністії на території України, а саме: не може бути предметом референдуму законопроект про амністію. Загальні положення, що стосуються цього інституту, закріплено в Законі України «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 р. (у редакції Закону від 2 червня 2011 р.). Норми, які передбачають звільнення особи від покарання на підставі Закону України «Про амністію», також знайшли своє відображення у ст.ст. 85–86 КК України; п. 4 ч. 1, ч. 3 і 5 ст. 6 КПК України; ст. ст. 152–155 КВК України.

За даними дослідників, амністія має широке поширення в сучасному світі. Зокрема, вона передбачена законодавством усіх країн СНД, Австрії, Албанії, Болгарії, Данії, Італії, КНР, Латвії, Литви, Португалії, Румунії, Сан-Марино, Туреччини, Франції. У країнах Латинської Америки амністія допускається тільки у виняткових випадках (як правило, лише стосовно так званих політичних злочинів) [5]. У кримінальному законодавстві держав континентальної Європи спостерігається тенденція «включення» амністії до складу інституту помилювання. По суті, існує один інститут звільнення від покарання та відповідальності або пом'якшення покарання, який і носить загальну назву «помилювання» [6].

Одним з аргументів на користь доцільності застосування амністії є необхідність розвантаження установ кримінально-виконавчої системи. Так, за словами Б.М. Телефанка, необхідність оголошення амністії зумовлена насамперед тим, що в установах виконання покарань утримується велика кількість осіб, засуджених до нетривалих строків покарання за незначні злочини, а також потребою зменшення перевантаженості цих установ [7]. Це дійсно так, однак соціальне призначення амністії передусім пояснюється прагненням держави надати ще один шанс особі, яка скоїла злочин. Такій особі надається можливість відчути піклування про себе, повернутися до суспільства, жити в правомірний спосіб і переглянути свої антисоціальні погляди та звички. Як справедливо зазначається у фаховій літературі, при «точному влученні» соціально-політичний ефект амністії може бути дуже високим. Мало того, що у вільне суспільство вливаються додаткові трудові ресурси, так ще і відбувається певна консолідація суспільства, нехай і на не дуже значному сегменті. В очах певної частини населення держава вже не виглядає винятково «машиною для придушення», а починає здобувати риси патерналізму. Кримінальне право виконує в такий спосіб свою соціально-інтегративну функцію [8].

Водночас набагато важливіше пам'ятати, що застосування амністії може мати і зворотну дію. Часте і розширене за колом осіб застосування амністії спричиняє неминучу дискредитацію цього інституту, викликає зневажливе ставлення населення до будь-яких рішень органів державної влади, демонструє нездатність держави протидіяти злочинності, підриває й без того хиткий авторитет правосуддя, через що особи, які вчинили злочин, починають вірити в свою безкарність. Ось чому застосування амністії має бути скоріше винятком, ніж правилом. У цьому сенсі варто прислухатися думки Л.Л. Круглікова і О.В. Васильєвського, які небезпідставно

1 Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Проблеми правового регулювання і практики застосування амністії та помилювання: матеріали наук.-практ. Інтернет-конференції, м. Луганськ, 6–20 лютого 2012 р. / Упоряд.: Є.О. Письменський. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 15–35.

пропонують істотно звужити сферу застосування амністії (її періодичність та обсяг), оскільки вона багато в чому перекреслює копітку роботу з диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання. На практиці під амністію підпадають цілі категорії осіб без урахування багатьох інститутів кримінального закону, що порушує і принцип рівності громадян перед законом, і принцип справедливості [9].

Останній раз амністія в Україні оголошувалася Законом України від 8 липня 2011 року, а до цього – 12 грудня 2008 року, тобто з інтервалом більше двох з половиною років. За формальними ознаками під дію «найсвіжішого» Закону підпадає понад 12 тисяч осіб, з яких 2772 особи, які відбувають покарання у виправних колоніях, 85 – у виховних колоніях, 744 – у виправних центрах, 179 – у слідчих ізоляторах. З числа ж осіб, які стоять на обліку у кримінальному-виконавчій інспекції, під дію згаданого Закону за формальними ознаками підпадає ще понад 9 тисяч людей, які засуджені до покарань, не пов'язаних із позбавленням волі [10].

Після підписання Президентом України вказаного Закону про амністію радник Президента України – Керівник Головного управління з питань судоустрою Адміністрації Президента України А.В. Портнов, зокрема, дав такі пояснення: завдяки прийняттю та підписанню Закону України «Про амністію в 2011 році» буде реалізовано принцип гуманізму державної політики. Оголошення амністії дозволить зменшити кількість осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі та не становлять значної суспільної небезпеки. Досвід застосування амністії в минулі роки свідчить про ефективність цього інституту, а також про відсутність ускладнень криміногенної ситуації в державі внаслідок оголошення амністії [11].

Утім, оптимізм президентського радника справедливо не поділяють деякі науковці, розглядаючи амністію в чинній редакції відповідного Закону скоріш як одну з основних причин ескалації злочинності, фактора, який на фоні погіршення морально-психологічних характеристик сучасних злочинців формує психологію безкарності та стимулює стійкість злочинності. Адже насправді будь-яке покарання і, відповідно, звільнення від нього, яке застосовується від імені держави за вироком суду особи, визнаної винною у вчиненні злочину, повинно мати на меті, перш за все, виправлення засудженого, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженим, так і іншими особами. Тому говорити про амністію як засіб розвантаження закладів пенітенціарної системи є недопустимим у сучасній державі, оскільки така теза руйнує основні підвалини кримінально-правової політики української держави в сфері застосування покарань [12].

Допоки не набрав чинності Закон України від 2 червня 2011 року «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» та інших законодавчих актів України», амністія передбачала ухвалення Верховною Радою України відповідного акта, що передусім повністю або частково звільняв певну категорію осіб від кримінальної відповідальності або покарання. На сьогодні амністія – це лише вид звільнення від покарання (відбування його частини) певної індивідуально невизначеної категорії осіб, визнаних винними у вчиненні злочинів. Акт амністії не скасовує і не змінює відповідного кримінального закону, не означає декриміналізацію і не ставить під сумнів законність і обґрунтованість постановлених обвинувальних вироків. Акт про амністію має нормативний характер, оскільки він розрахований на неодноразове застосування та поширюється на індивідуально невизначене коло осіб, а його приписи є обов'язковими для всіх органів і службових осіб, що мають відношення до кримінально-правової сфери.

У цьому сенсі амністію слід відрізнити від реабілітації – проголошення невинуватості осіб, несправедливо репресованих у судовому або позасудовому порядку, із поновленням їх прав (наприклад, Закон від 17 квітня 1991 року «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні»). Вважається, що відмінний від інституту звільнення від кримінальної відповідальності (покарання) інститут реабілітації виконує політичну, компенсаційну і моральну функції [13]. Як писав свого часу М.М. Паше-Озерський, амністія не створює фікцію того, що злочин не мав місця, не знімає з уже вчинених діянь деліктний і злочинний характер, наданий їм законом. У протилежному випадку держава, наприклад, повинна була б винагороджувати амністованого за частину відбутого ним покарання. За такого підходу неминуче стерлись б межі між амністією і поновленням прав невинно засуджених [14].

Закони про амністію, за винятком законів про умовну амністію, Верховна Рада України може приймати не частіше одного разу протягом календарного року. Набрання чинності конкретним законом про амністію саме по собі нікого від відбування призначеного судом покарання звільнити не спроможне. Закон про амністію – це позбавлений персоніфікованого характеру акт вищого органу державної влади, який відіграє роль юридичної передумови ухвалення правозастосовним органом (судом) процесуального рішення про звільнення конкретної особи від відбування покарання. Установивши в стадії судового розгляду кримінальної справи наявність акта амністії, що усуває застосування покарання за вчинений злочин, суд постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від відбування покарання. Як слушно зазначається в літературі, законодавець не знає, до кого персонально буде застосована амністія. Вона розрахована на застосування щодо неперсоніфікованого кола осіб, однак рішення про застосування акта амністії ухвалюється індивідуально щодо кожної особи [15]. Відповідно, амністію треба розглядати як позбавлений персоніфікованого характеру акт вищого органу державної влади, який відіграє роль юридичної передумови ухвалення правозастосовним органом (в Україні

– судом) процесуального рішення про звільнення конкретної особи від кримінальної відповідальності або покарання чи про заміну покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням.

Обов'язковою умовою застосування закону про амністію є вчинення особою злочинів до дня набрання чинності закону про амністію включно. Дія закону про амністію не поширюється на злочини, що тривають або продовжуються, якщо вони закінчені, припинені або перервані після прийняття закону про амністію (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про застосування амністії в Україні» від 1 грудня 1996 р.). Так, якщо Закон України «Про амністію» від 12 грудня 2008 року був опублікований 26 грудня 2008 року, то під його дію підпадають особи, які вчинили злочини, передбачені цим Законом, до 00 год. 00 хв. 26 грудня 2008 року включно.

Важливе застереження у цьому контексті висловлює В.М. Білоконов. Якщо особа на день набрання чинності законом про амністію мала право на застосування щодо неї амністії, то таке право вона не може втратити в майбутньому. Наприклад, якщо особа була інвалідом або жінка була вагітною на день набрання чинності цим Законом, а потім до моменту розгляду в суді питання про застосування до них амністії, особа перестала бути інвалідом, а у жінки скоївся, наприклад, викидень, то суд повинен застосувати до них акт амністії, оскільки це право на застосування закону про амністію визначається на день набрання чинності відповідним Законом, а не на день розгляду цього питання в суді. На підтвердження сказаного В.М. Білоконовим наводиться такий приклад.

Вироком місцевого суду від 12 січня 2007 року р. був засуджений за ч. 2 ст. 286 КК України на 4 роки позбавлення волі за те, що 28 квітня 2002 року порушив правила дорожнього руху України, в результаті чого загинула людина. Із матеріалів справи вбачається, що р. був визнаний інвалідом 3-ої групи в період із 11 листопада 2003 року до 30 листопада 2005 року. Місцевий суд, відмовляючи р. у застосуванні щодо нього Закону України «Про амністію» від 31 травня 2005 року, зазначив, що суд виходить із того, що останній ні на момент вчинення злочину, ні на момент постановлення вироку не є інвалідом 3 групи, а тому тепер ніщо не перешкоджає йому відбувати покарання. Апеляційний суд, змінюючи вирок і застосовуючи до р. Закон України «Про амністію» від 31 травня 2005 року, зазначив, що для застосування амністії до р. достатньо тільки того, щоб останній був інвалідом 3-ої групи на день набрання чинності цим Законом. Наявність підстав для застосування амністії не може припинитися через тривалий розгляд кримінальної справи судами, а тому поширювальне тлумачення судом Закону України «Про амністію» від 31 травня 2005 року про те, що р. повинен був бути інвалідом як на момент вчинення злочину, так і на момент постановлення вироку, слід вважати необґрунтованим [16].

Законом про амністію може бути передбачене: 1) повне звільнення зазначених у ньому осіб від відбування призначеного судом покарання (повна амністія); 2) часткове звільнення зазначених у ньому осіб від відбування призначеного судом покарання (часткова амністія). Особи, на яких поширюється дія закону про амністію, можуть бути звільнені від відбування як основного, так і додаткового покарання. Сказане, однак, не стосується конфіскації майна – у частині вироку, яка не була виконана на день набрання чинності законом про амністію.

Особам, засудженим до покарання (основного чи додаткового) у вигляді штрафу, сума штрафу, сплаченого ними до прийняття судом рішення про звільнення від відбування покарання у зв'язку з амністією, не повертається.

Закон про амністію не може передбачати заміну одного покарання іншим, а так само зняття судимості щодо осіб, які звільняються від відбування покарання. Питання про погашення чи зняття судимості щодо особи, до якої застосовано амністію, вирішується відповідно до положень статей 88–91 КК України, з огляду на вид і строк фактично відбутого засудженим покарання.

Ст. 4 Закону України «Про застосування амністії» визначає коло осіб, щодо яких не допускається застосування амністії. Це особи: а) кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з постановленням обвинувального вироку (законодавче виокремлення цієї категорії осіб позбавлене сенсу, оскільки особи, щодо яких не винесено обвинувальний вирок суду, не можуть бути звільнені від відбування покарання); б) яким смертну кару в порядку помилування замінено на позбавлення волі та яких засуджено до довічного позбавлення волі; в) які мають дві і більше судимості за вчинення умисних тяжких та (або) особливо тяжких злочинів; г) яких засуджено за злочини проти основ національної безпеки України, терористичний акт, бандитизм, умисне вбивство при обтяжуючих обставинах; ґ) яких засуджено за вчинення умисного тяжкого або особливо тяжкого злочину, крім зазначених у пункті «г» цієї статті, які відбули менше двох третин призначеного вироком суду основного покарання; д) яких засуджено за злочин або злочини, що спричинили загибель двох і більше осіб; е) стосовно яких протягом останніх десяти років було застосовано амністію або помилування незалежно від зняття чи погашення судимості та які знову вчинили умисний злочин; є) які не відшкодували завдані ними збитки або не усунули заподіяну злочиним шкоду.

Установлено, що амністія також не застосовується до осіб, засуджених за: умисне вбивство; катування; насильницьке донорство; незаконне позбавлення волі або викрадення людини; захоплення заручників;

торгівлю людьми або іншу незаконну угоду стосовно людини; злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи; розбій; вимагання; порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, що спричинили смерть потерпілого або заподіяли тяжке тілесне ушкодження, вчинене особою, яка перебуває у стані алкогольного сп'яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів, або особою, яка зникла з місця дорожньо-транспортної пригоди; одержання хабара; застосування зброї масового знищення; геноцид; посягання на життя представника іноземної держави; піратство; найманство.

Конкретним законом про амністію можуть бути визначені й інші категорії осіб, на яких амністія не поширюється. Наприклад, відповідно до ст. 7 Закону «Про амністію у 2011 році» амністія не поширювалась, зокрема, на осіб, які мають неповнолітніх дітей або дітей-інвалідів та які вчинили злочини, що посягають на життя, здоров'я, честь, гідність чи інші охоронювані законом права та інтереси цих дітей.

Застосування амністії не допускається, якщо обвинувачений або підсудний заперечує проти цього. Особа, щодо якої вирішується питання застосування амністії, дає згоду суду в усній чи письмовій формі з обов'язковим зазначенням цього в протоколі судового засідання. Така вимога не міститься в базовому законі про застосування амністії (що є його вадою), однак сформульована в законах, якими амністія оголошується.

Цілком закономірно, що обвинувачений наділяється правом заперечувати проти амністування, оскільки він (поряд з іншими мотивами) може вважати себе невинуватим. Стосовно осіб, які засуджені та відбувають призначене їм покарання, виникає досить суперечливе питання. Іноді такі особи не бажають бути амністованими й, відповідно, залишати місця відбування покарання з соціально-психологічних, побутових та інших поважних для них причин. Чи вправі вони наполягати на тому, щоб їхня справа тривала у звичайному порядку, тобто продовжувати відбувати покарання? Напевно, за таких обставин відповідь має бути негативною. Якщо та чи інша особа, будучи обвинуваченою або підсудною, може відмовитися від амністії з огляду на можливість припинення кримінальної справи за реабілітуючими обставинами, то засуджений, який відбуває покарання, вже не має істотних підстав для цього і не може заперечувати проти рішення про амністію.

Особи, які відповідно до закону про амністію підлягають звільненню від покарання або його відбування, звільняються не пізніше як протягом трьох місяців після опублікування закону про амністію. Цей імператив міститься в ст. 8 Закону України від 1 жовтня 1996 року «Про застосування амністії» та викликає певні питання у науковців. Зокрема, С.М. Школа замислюється над тим, чи може бути закінчення зазначеного строку підставою для відмови в застосуванні амністії щодо осіб, які підпадають під її дію, якщо справу не було розглянуто у цей термін (незалежно від причин). Відповідь на це питання, на думку науковця, має бути такою. Зазначений строк (три місяці) встановлений законодавцем з метою забезпечити виконання акта про амністію якнайшвидше, тому його закінчення не може бути перешкодою для застосування зазначеного акта амністії в подальшому. Необхідно керуватися положенням про те, що дія будь-якого проголошеного закону про амністію поширюється на злочини, вчинені до дня набрання ним чинності включно. У разі виявлення злочину, вчиненого особою кілька років тому, якщо винний підлягає амністуванню на підставі одразу декількох актів амністії, на наш погляд, слід застосовувати амністію, що проголошена раніше або яка передбачає більш повне амністування [17].

Складно сказати, якими міркуваннями керувався законодавець, установлюючи трьохмісячний строк дії законів про амністію, однак видається, що вчинив він правильно. Амністія має застосовуватися в певних часових межах, інакше не виключені певні зловживання з боку компетентних органів. Поширювальне тлумачення С.М. Школою ст. 8 Закону України від 1 жовтня 1996 року «Про застосування амністії» видається сумнівним.

Під час дії попередньої редакції Закону «Про застосування амністії» аналіз практики амністування вказував на наявність низки проблем її правового регулювання, серед яких – неузгодженість між різними законодавчими актами, якими регламентується амністія, відсутність чіткості та зрозумілості деяких законодавчих приписів, недосконалий порядок застосування амністії тощо. Передусім слід указати на той факт, що для особи, яка вчинила злочин, амністія означала досить широкий спектр привілейованих наслідків, починаючи від заміни покарання, яке фактично відбувається, більш м'яким і завершуючи звільненням від кримінальної відповідальності взагалі. Незважаючи на все більш послідовне втілення в кримінальному законодавстві принципу гуманізму, «безмежне» амністування (фактично банальне вибачення злочинця й того, що він скоїв) дозволяло говорити про порушення іншого, не менш важливого принципу кримінального права – принципу справедливості. Занадто широке застосування амністії давало негативний ефект. Пригадується, наприклад, яке обурення і бажання шукати справедливості в Європейському суді з прав людини викликало у близьких жертв рішення Заводського районного суду м. Запоріжжя звільнити від кримінальної відповідальності у зв'язку з амністією колишніх керівників БАТ «Дніпрогаз», обвинувачених у службовій недбалості, що призвела до загибелі 23 дніпропетровців [18].

Регулярне ухвалення законів про амністію мало своїм наслідком цікавий феномен: певні верстви населення очікують, що відповідна категорія злочинців за наявності деяких умов (їх перелік є доволі сталим) буде тягнути за собою значно менший обсяг негативних кримінально-правових наслідків, ніж це передбачено КК України.

У результаті превентивний вплив на потенційних правопорушників чинить не стільки кримінальний закон у тому вигляді, в якому він ухвалюється законодавцем, скільки кримінальний закон у поєднанні з практикою амністування [19].

В юридичній літературі була висловлена небезпідставна думка про те, що застосування амністії має бути скоріше винятком, ніж правилом. Окремі науковці (А.В. Єндольцева, І.Л. Марогулова, А.В. Мохорєв, В.В. Сверчков та інші) слушно вказували на недоцільність звільнення від кримінальної відповідальності за амністією, оскільки в такому контексті амністія як засіб реалізації принципу гуманізму часто використовується органами державної влади з інших міркувань, серед яких особливе значення мають політичні моменти, а також необхідність коригування недосконалого законодавства. Крім того, таке звільнення через його масовий характер не дозволяло враховувати принципи індивідуалізації та справедливості покарання, не давало можливості належним чином сприяти ресоціалізації осіб, які вчинили злочини [20].

Як акт вибачення і милосердя, амністія має бути певним чином віддаленою у часі від факту вчинення злочину і засудження з тим, щоб зло хоча б частково було покаране й забуте, а пам'ять сучасників не травмувалась б доброзичливим ставленням влади до винуватої особи. Вада «досудової амністії» вбачається і в тому, що потерпілий (на фоні звільнення винуватця злочину від кримінального переслідування) позбавляється можливості публічно висловити свої претензії злочинцю [21].

У 2011 році вітчизняний законодавець врешті-решт звернув увагу на пов'язані з амністією кримінально-правові проблеми, виклавши в новій редакції Закон «Про застосування амністії в Україні» та окремі положення КК України. Основні новели звелися до такого: 1) на підставі акта амністії виключається можливість звільнення від кримінальної відповідальності та заміни покарання більш м'яким; 2) розширюється коло засуджених осіб, до яких амністія не може бути застосована взагалі; 3) змінюється порядок звільнення засуджених від відбування додаткового покарання. Відносно новим слід також визнати положення щодо регламентації часткової амністії (за умови відбування засудженим покарання), за яким вона має здійснюватися після ретельної перевірки матеріалів особової справи та відомостей про поведінку засудженого за час відбування покарання. Раніше така вимога встановлювалася на рівні окремих законів про амністію; з ухваленням нового базового закону про застосування амністії вона мала стати універсальним правилом.

Враження авторів цих рядків від ознайомлення із положеннями Закону від 2 червня 2011 р. «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» та інших законодавчих актів України», який набрав законної сили 1 січня 2012 р., в цілому є позитивним. Адже можливість здійснення амністії стає більш поміркованою; встановлюються досить вузькі та зрозумілі для правозастосувача межі її застосування. Амністування передбачається лише в межах реалізації кримінальної відповідальності – як у найбільш ліберальній її формі, коли відбувається засудження обвинувальним вироком та одночасно особа звільняється від покарання, так і в найбільш репресивній формі, у межах якої особі призначається покарання, яке вона реально відбуває, й коли ця особа звільняється від невідбутої частини покарання.

Отже, вибачення стає похідним від засудження особи за вчинений злочин, що вважаємо цілком прийнятним з огляду на необхідність реалізації цілей кримінальної відповідальності навіть у випадку фактичного незастосування кримінально-правового примусу.

Голова Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності В.Д. Швець, схвально ставлячись до основної ідеї ухваленого 2 червня 2011 р. Закону, вочевидь, небезпідставно стверджує, що набрання останнім чинності дозволить покласти край корупційним схемам, суть яких полягає у незаконному порушенні кримінальних справ і наступному їх закритті за хабарі на стадії досудового розслідування у зв'язку з амністією [22]. А у листі на ім'я В.Д. Швеця заступник Генерального прокурора України Є.М. Блажівський називає цілком слушним положення відповідного на той час законопроекту, яке унеможливило б амністування осіб, які вчинили злочини, без встановлення їх вини судом.

Варто зазначити, що рішення вітчизняного законодавця відмовитись від звільнення від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію узгоджується із загальносвітовою законотворчою практикою, згідно з якою за актом амністії здебільшого дозволяється звільняти особу саме від покарання. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з амністією передбачено в основному законодавством країн – учасниць СНД. За результатами спеціального компаративістського дослідження М.І. Хавронюк відзначає, що кримінальне переслідування особи на підставі акта амністії може бути припинене ще до її засудження також за законодавством Молдови, Болгарії, Італії, Сан-Марино; у всіх інших державах кримінальне законодавство передбачає, що за амністією відбувається звільнення особи від покарання [23]. Наприклад, ст. 133-9 КК Франції встановлює: амністія ліквідує наслідки обвинувальних вироків і тягне за собою звільнення від усіх покарань без будь-якої можливості перегляду справи.

У деяких країнах ставлення до амністії ще більш категоричне. Перш за все, до неї негативно ставляться законодавці Великої Британії, США та інших країн загального права. Не застосовується амністія також в дея-

ких країнах континентальної системи права (наприклад, у Польщі, ФРН та Іспанії). Не згадується амністія ні в конституціях, ні в кримінальному законодавстві й інших країн, у т. ч. Нідерландів, Норвегії, Швеції, Естонії [24]. Відповідно до Конституції Греції амністія може застосовуватись лише щодо тих, хто вчинив політичні злочини.

Разом з тим не всі зумовлені прийняттям Закону України від 2 червня 2011 р. зміни щодо регламентації амністії є вдалим, а тому вважаємо за потрібне і своєчасне звернути увагу фахівців на окремі новели.

Законодавче визначення амністії, зафіксоване в ст. 1 Закону «Про застосування амністії в Україні» і розвинуто у ч. 2 ст. 86 КК України, через пропонувану зміну розуміння суті амністії було дещо відкориговане. Згідно з цими законодавчими положеннями амністією визнається повне або часткове звільнення від відбування покарання певної категорії осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили. Останнє застереження (щодо осіб, кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки стосовно яких не набрали законної сили) є зайвим, оскільки й ці особи визнані винуватими та щодо них постановлені обвинувальні вироки. Правильніше було б вести мову про звільнення від відбування покарання осіб, щодо яких винесені обвинувальні вироки із засудженням за вчинений злочин. Із цих же причин безглуздо забороняти застосовувати амністію до осіб, кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті судом з винесенням обвинувального вироку (ст. 4 аналізованого Закону «Про застосування амністії в Україні»). Такі особи, як вже зазначалось, не можуть бути звільнені від покарання, так би мовити, за визначенням.

Приймаючи рішення про звільнення певної особи від покарання, суд має обов'язково досліджувати матеріали кримінальної справи для з'ясування характеру поведінки особи під час відбування покарання. Як зазначається в ч. 1 ст. 3 ухваленого 2 червня 2011 р. Закону «Про застосування амністії в Україні», рішення про застосування чи незастосування амністії приймається судом щодо кожної особи індивідуально після ретельної перевірки матеріалів особової справи та відомостей про поведінку засудженого за час відбування покарання.

Обране законодавцем формулювання використовувалося в деяких законах про амністію, однак воно жодним чином не допомагає у досягненні благородної мети – зробити звільнення від відбування покарання залежним від поведінки особи, не застосовуючи амністію до тих, хто не бажає виправлятися. На нашу думку, доцільніше вказати на певні характеристики поведінки засудженого, встановлення яких унеможливило б амністування. Переконані в тому, що амністія має застосовуватись лише за відсутності серйозних порушень умов відбування покарання (наприклад, істотного порушення вимог режиму при відбуванні покарання у вигляді позбавлення волі). Нам імпує думка В.В. Сверчкова про те, що амністія має бути мірою не стільки поблажливості, скільки заохочення за правомірну посткримінальну поведінку [25].

Вельми повчальною у цьому контексті є практика, яка склалась у Словаччині. У цій країні, як впливає з листа посла Словацької Республіки в Україні, адресованого голові парламентського комітету В.Д. Швецю, при вирішенні питання про амністію застосовується виключно індивідуальний та конкретний підхід. Враховується вся сукупність обставин, що стосуються попереднього життя засудженого, самого вчиненого злочину, поведінка під час перебування у пенітенціарних закладах, перспективи повернення засудженого до нормального життя, родинні стосунки і наявність членів родини, яким потрібне піклування.

У світлі сказаного постає і питання, чи варто відмовлятися від заміни покарання більш м'яким на підставі акта амністії. З огляду на обов'язковість врахування поведінки особи, яка відбуває покарання, таке рішення українського законодавця виглядає небезспірним. Поведінка засудженого може характеризуватися різними ступенями виправлення, у зв'язку з чим слід було б дозволити суду обирати, яка форма амністування є більш ефективною, – звільнення від невідбутої частини покарання чи заміна його більш м'яким.

З урахуванням викладеного постає також питання про подолання конкуренції, яка може виникати між нормами про амністію та нормами про застосування інших видів звільнення від відбування покарання, у т. ч. умовно-дострокового звільнення. Йдеться, зокрема, про встановлення матеріальної підстави для звільнення, адже в обох випадках суд має враховувати поведінку засудженого при звільненні його від відбування покарання. Вважаємо, що, оскільки умовно-дострокове звільнення є яскраво вираженим заходом заохочення засудженого, що застосовується лише у випадку доведеності виправлення особи, а амністія за своєю природою – це вибачення винного, то до поведінки особи при її амністуванні мають висуватися менш суворі вимоги, ніж сумлінна поведінка та сумлінне ставлення до праці, як це має місце при умовно-достроковому звільненні.

Ст. 4 Закону від 1 жовтня 1996 р. «Про застосування амністії в Україні» (у редакції від 2 червня 2011 р.) встановлює перелік осіб, щодо яких не допускається застосування амністії, про який йшла мова вище. Обмеження щодо суб'єктного складу амністії, поза всяким сумнівом, є справедливими: держава не може вибачати будь-якого злочинця, особливо якщо його особі притаманний високий ступінь суспільної небезпеки. Внаслідок ухвалення Закону від 2 червня 2011 р. відповідний перелік осіб дещо розширився, що загалом слід оцінити схвально. Водночас слід зауважити, що законодавець обрав не досить вдалий шлях, перераховуючи конкретні

види злочинів, за вчинення яких звільнення від покарання у зв'язку амністією є неможливим. Залишається не до кінця зрозумілим, за якими критеріями встановлювалися такі обмеження. Більш доречно заборонити застосування амністії до кожного, хто засуджений до покарання у вигляді позбавлення волі на строк більше п'яти років. Пропонований підхід видається більш-менш виваженим – таким, що виключатиме амністування за тяжкі злочини як через типовий, так і через індивідуальний ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину.

В іншому випадку складно буде пояснити, чому, наприклад, за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, що спричинило смерть потерпілого або заподіяло тяжке тілесне ушкодження, вчинене у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції, або особою, яка зникла з місця дорожньо-транспортної пригоди (наведене формулювання, до речі, не узгоджується з відповідною обтяжуючою покарання обставиною, передбаченою п. 13 ч. 1 ст. 67 КК України), амністія не може бути застосована, однак до осіб, які вчинили умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження або вбивство через необережність, вона застосовуватись може.

Будучи повним або частковим анулюванням кримінально-правових наслідків вчиненого злочину, амністія не може порушувати врегульованих цивільним законодавством майнових інтересів громадян, юридичних осіб, держави. Тому не випадково ч. 2 ст. 5 Закону України від 1 жовтня 1996 р. «Про застосування амністії в Україні» (в редакції до 2 червня 2011 р.) встановлювала, що амністія не звільняє від обов'язку відшкодувати заподіяну злочином шкоду, покладеного на винну особу вироком чи рішенням суду. Аналогічне за змістом застереження про те, що застосування амністії не повинне зачіпати права третіх осіб, у т. ч. права потерпілих на відшкодування шкоди, закріплено законодавством, наприклад, Аргентини, Гондурасу, країн колишньої Югославії, Молдови, Франції.

Майже всі ухвалювані в Білорусі закони про амністію містять положення про те, що особи, засуджені за певні злочини проти порядку здійснення економічної діяльності (ухилення від сплати митних платежів, незаконна підприємницька діяльність, псевдопідприємництво тощо), не можуть бути звільнені від покарання, якщо на день розгляду матеріалів про застосування амністії вони не відшкодували заподіяну цими злочинами шкоду, яка підлягає з них стягненню на підставі вироку чи іншого судового рішення. Конституційний Суд Республіки Білорусь неодноразово наголошував на тому, що невідшкодування засудженим шкоди не перешкоджає застосовувати амністію, якщо обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду не покладался судом на того, хто вчинив відповідний економічний злочин [26].

Подібний досвід амністування має і наша держава. Так, ст. 10 Закону України від 11 травня 2000 р. «Про амністію» і ст. 9 Закону України від 5 липня 2001 р. «Про амністію» забороняли застосовувати амністію до осіб, яких було притягнуто до кримінальної відповідальності чи засуджено за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 148-2 КК 1960 р.). При цьому зазначена заборона не поширювалась на випадки повного відшкодування до набрання чинності законом про амністію неспланих податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

У вітчизняній доктрині неодноразово висувалася пропозиція запровадити заборону на застосування амністії щодо тих осіб, які не відшкодували збитків, завданих злочином, яка успішно реалізована з 1 січня 2012 р. Доречність такої новели обґрунтовувалася потребою посилення ролі потерпілого від злочину в кримінально-правових відносинах, необхідністю реального та ефективного захисту прав громадян, юридичних осіб і держави, які зазнали шкоди від злочину, у разі амністування особи, яка його вчинила [27].

Прагнення посилити захист прав потерпілих від злочину є зрозумілим і виправданим. Однак давайте поглянемо й на «зворотний бік медалі». Чи не перекладалися у такий спосіб проблеми відшкодування заподіяної злочином шкоди на осіб, правове становище яких держава, керуючись передусім міркуваннями гуманізму, вирішила поліпшити? «Акт амністії – це насамперед виявлення державою гуманізму щодо громадян, які оступилися, та прояв поваги до прав людини, оскільки воля є невід'ємною складовою її повноцінного життя» [28]. Тим більше, що амністовані особи, як правило, належать до найменш соціально захищених громадян. Дискутуючи з розглядуваного питання із С.М. Школою, М.І. Хавронюк зазначає, що серед десятків тисяч людей, стосовно яких щороку застосовується амністія, чималий відсоток становлять особи, які не мають матеріальної можливості відшкодувати завдані злочином збитки. Спроба поставити амністію в залежність від майнового стану того, хто вчинив злочин, розцінюється як порушення ст. 24 Конституції України [29].

Принагідно зауважимо, що Конституційний Суд РФ за результатами перевірки конституційності одного із законодавчих актів про амністію зробив висновок про те, що закриття внаслідок акта амністії кримінальної справи без розгляду її по суті не позбавляє потерпілих у кримінальних справах права на доступ до правосуддя і права на ефективний судовий захист, включаючи компенсацію заподіяної шкоди. Суд виходив з того, що обов'язок держави забезпечити відновлення прав потерпілого від злочину не передбачає надання потерпілому права визначати необхідність здійснення кримінального переслідування щодо тієї чи іншої особи, а так само межі кримінальної відповідальності, яка покладається на цю особу. Таке право, з огляду на

публічний характер кримінально-правових відносин, може належати тільки державі в особі її законодавчих і правозастосовних органів [30].

Підбиваючи підсумки правового аналізу новел про амністію, відзначимо, що реформування цього інституту є своєчасним. Головна ідея Закону від 2 червня 2011 року прозора і зрозуміла – встановити більш жорсткі умови щодо регламентації амністії, обмежити її застосування. При цьому не всі законодавчі новели можна визнати досконалими, деякі з них сформульовано не досить вдало. До того ж залишається нерозв'язаною низка інших гострих питань, пов'язаних із здійсненням амністування (диференціація правових наслідків застосування амністії; амністування засуджених за сукупністю злочинів, один з яких виключає поширення дії амністії на таких осіб; амністування у випадку вчинення злочинів, кримінальні справи про які віднесено до справ приватного обвинувачення; надання звільненню від покарання на підставі актів амністії умовного характеру тощо).

1. Словарь иностранных слов. – 8-е изд., стереотип. – М. : Русский язык, 1981. – С. 33.
2. Осмоловская Н.В. Юридическая природа институтов амнистии и помилования / Н.В. Осмоловская // Российской следователь. – 2005. – № 10. – С. 59.
3. Дмитренко І.В. Застосування амністії в Україні: історія та сучасність / І.В. Дмитренко // Правова держава. – 2009. – № 11. – С. 102; Чепелюк О.В. Амністія та помилування в Україні (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Чепелюк Ольга Володимирівна. – К., 2008. – С. 18; Школа С.М. Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Школа Сергій Миколайович. – К., 2003. – С. 32.
4. Білоконеv В.М. Застосування амністії в Україні (судова практика): науково-методичний посібник / В.М. Білоконеv. – Запоріжжя, 2009. – 211 с.
5. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть : монография / В.Н. Додонов ; под общ. и науч. ред. д.ю.н., проф., заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М. : Издательство «Юрлитинформ», 2009. – С. 401.
6. Чепелюк О.В. Вказана праця. – С. 38.
7. Телефонко Б.М. Проблеми соціальної адаптації осіб, звільнених з кримінально-виконавчих установ на підставі закону України про амністію або акта помилування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Телефонко Богдан Миколайович. – Львів, 2005. – С. 132.
8. Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Издание профессора Малинина – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 668–669.
9. Кругликов Л.Л. Дифференциация ответственности в уголовном праве : монография / Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 269.
10. Бондар М. Засудженим дали волю / М. Бондар // Юридичний вісник України. – 2011. – № 30.
11. Портнов А. Завдяки Закону України «Про амністію в 2011 році» буде реалізований принцип гуманізму державної політики [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/news/20818.html>.
12. Дрьомов С. Амністія по-президентські: соціальний конфлікт чи сучасна індульгенція для злочинців? / С. Дрьомов, Г. Усатий // Юридичний вісник України. – 2011. – № 21.
13. Роxлин В.И. Институт реабилитации в российском законодательстве (возникновение, развитие, понятие, перспективы) / В.И. Роxлин, С.И. Захарцев, М.А. Миронов, А.П. Стуканов. – СПб., 2007. – С. 9–33.
14. Антологія української юридичної думки. В 10 т. Том 7 : Кримінальне право. Кримінальний процес / Упорядники: О.М. Костенко, О.О. Кваша ; відп. ред. О.М. Костенко. – К., 2004. – С. 611.
15. Маляренко В.Т. Амністія та помилування в Україні / В.Т. Маляренко, А.А. Музика. – К., 2007. – С. 17; Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Издание профессора Малинина – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 655.
16. Білоконеv В.М. Вказана праця. – С. 36–37.
17. Школа С.М. Вказана праця. – С. 171.
18. Карпюк Г. Один день Комітету / Г. Карпюк // Юридичний вісник України. – 26 лютого – 4 березня 2011 р. – № 9; Сосницький Л. Слідство завершено. Амністія / Л. Сосницький // Голос України. – 10 грудня 2010 р. – № 234.

19. Швець В.Д. Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / вступне слово проф. Мельника М.І. / В.Д. Швець, В.М. Грицак, Я.І. Василькевич, В.О. Гацелюк. – К., 2008. – С. 38–39.
20. Виклад. за.: Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Хавронюк Микола Іванович. – К., 2007. – С. 171.
21. Бойко А.И. Размышления криминалиста о памяти / А.И. Бойко // Российский ежегодник уголовного права. – 2007. – № 2 / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б.В. Волженкина. – СПб., 2008. – С. 55–56.
22. Швець В. «Маразм крепчает», або що робити з Путіним [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://glavcom.ua/articles/3480.html>.
23. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Хавронюк Микола Іванович. – К., 2007. – С. 171.
24. Додонов В.Н. Вказана праця. – С. 401–402.
25. Сверчков В.В. Освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного дела (преследования), отказ в его возбуждении: проблемы теории и практики / В.В. Сверчков. – СПб., 2008. – С. 287.
26. Саркисова Э. Законы об амнистии в системе источников уголовного права Э. Саркисова // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 55.
27. Школа С.М. Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С.М. Школа. – К., 2004. – С. 4, 9 – 10, 17; Глобенко Г.І. Закриття кримінальних справ з nereабілітуючих підстав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Г.І. Глобенко. – Х., 2007. – С. 10; Присяжнюк Т.І. Проблеми застосування амністії в Україні / Т.І. Присяжнюк // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 9. – С. 41–42; Удалова Л.Д. Предмет доказування у справах, що закриваються провадженням за nereабілітуючими підставами / Л.Д. Удалова, Н.З. Рогатинська. – К., 2009. – С. 58, 126; Музика А.А. Потерпілий від злочину: кримінально-правова концепція / А.А. Музика, Є.В. Лашук // Наука і правоохорона. – 2010. – № 4. – С. 122.
28. Музика А.А. Амністія і помилування в системі сучасного українського права / А.А. Музика, С.М. Школа // Кримінальне право України. – 2006. – № 1. – С. 20.
29. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія / М.І. Хавронюк. – К. : Юрисконсульт, 2006. – С. 397.
30. Вестник Конституционного Суда РФ. – 2003. – № 4. – С. 3–11.

ПРОБЛЕМИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПРИМИРЕННЯМ ВИННОГО З ПОТЕРПІЛИМ У КОНТЕКСТІ КПК УКРАЇНИ 2012 Р.¹

Будучи втіленням принципів гуманізму, справедливості та економії кримінально-правової репресії, міжгалузевий (матеріально-процесуальний) інститут звільнення від кримінальної відповідальності є формою реагування держави на вчинення злочинів, альтернативною покаранню та звільненню від покарання. Згідно з ч. 2 ст. 285 Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК) особі, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення та щодо якої передбачена можливість звільнення від кримінальної відповідальності у разі здійснення передбачених законом України про кримінальну відповідальність дій, роз'яснюється право на таке звільнення.

Наведена процесуальна норма видається некоректною, оскільки, по-перше, не враховує того, що КК України пов'язує звільнення від кримінальної відповідальності не лише з діями особи після вчинення нею злочину (наприклад, дійове каяття), а і з такими юридичними фактами, як події (зміна обстановки, закінчення строку давності тощо), по-друге, ігнорує поділ передбачених КК видів звільнення від кримінальної відповідальності на факультативні (дискреційні) та обов'язкові (імперативні). Зокрема, імперативний (обов'язковий для виконання) характер має норма про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України).

На сьогодні положення про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим передбачають тільки кримінальні кодекси країн – учасниць СНД, а також Латвії, Литви, Монголії та Румунії. З точки зору забезпечення інтересів потерпілих від злочинів конструктивною видається доктринальна пропозиція (О. Перепада, А. Яценко) розширити (залежно від тяжкості вчиненого злочину і того, чи був він вчинений вперше) перелік кримінально-правових наслідків примирення за рахунок звільнення від покарання та його відбування, а також пом'якшення покарання. Крім всього іншого, така пропозиція враховує відповідний зарубіжний досвід (ст. 155 КК Іспанії, ст. 60 КК Польщі, § 46а КК ФРН тощо).

Ст. 46 КК України не містить формальних обмежень, пов'язаних із потерпілими, суб'єктами злочину і характером заподіяної шкоди, щодо злочинів, за вчинення яких особа звільняється від кримінальної відповідальності. При цьому у літературі (В. Навроцька, М. Хавронюк, А. Яценко) зустрічаються обмежувальні тлумачення кримінального закону. Йдеться головним чином про те, що наявність потерпілих від злочинів, наприклад, проти безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту, громадського порядку і моральності не виключає того, що подібні злочини завдають шкоду (створюють загрозу її заподіяння) не лише інтересам окремих фізичних осіб, а і публічним інтересам. У ст. 46 КК бажано закріпити конкретизований перелік злочинів, які носять переважно публічний характер і за вчинення яких звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим або не застосовуватиметься взагалі, або буде не обов'язковим, а факультативним. На користь такої пропозиції вказує суперечливість судової практики (у тому числі на рівні Верховного Суду України) з питання про коло тих злочинів, вчинення яких дозволяє застосовувати ст. 46 КК. Сказане стосується, наприклад, караного за ст. 296 КК України хуліганства.

Пропонований варіант удосконалення КК вважаю прийнятним і з огляду на необхідність внести ясність з питання про можливість звернення до ст. 46 КК у випадку заподіяння злочином шкоди не людині, а юридичній особі, державі або суспільству. На сьогодні ясність з цього питання відсутня, оскільки та чи інша відповідь на нього залежить від того, яке розуміння потерпілого ми сприймаємо та як ми вирішуємо фундаментальну проблему співвідношення кримінально-правового і кримінально-процесуального поняття потерпілого.

Із тексту ст. 46 КК випливає, що примирення має відбутись з потерпілим (важливим є волевиявлення саме цієї особи), а не з іншими особами, які беруть участь у кримінальному провадженні. Водночас відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК якщо внаслідок кримінального правопорушення сталася смерть особи (наприклад, це може бути вбивство через необережність, передбачене ч. 1 ст. 119 КК, або каране за ст. 118 КК умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони), права потерпілого можуть мати близькі родичі чи члени сім'ї такої особи. Чимало українських дослідників (зокрема, Ю. Баулін, В. Навроцька, А. Яценко) вважають, що і з названими особами може відбутись регламентоване ст. 46 КК примирення. Раніше так писав і автор цих рядків. Однак чи охоплюються зазначені особи саме кримінально-правовим поняттям потерпілого від злочину? Вочевидь, ні. Вказане – лише один спірний аспект, пов'язаний із суб'єктним складом передбаченого КК примирення.

Дискусійним є і питання, чи можуть з точки зору застосування ст. 46 КК укладати угоди про примирення законні представники потерпілого, якщо ним є неповнолітній або особа, визнана недієздатною чи обмежено дієздатною.

¹ Стаття опублікована: Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головін (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 41–44.

У літературі (Л. Удалова, Н. Рогатинська, М. Хавронюк та ін.) з цього приводу висловлено точку зору, згідно з якою право на примирення – це матеріальне право особи, яке не може бути передано представнику, оскільки кримінальне право не знає інституту представництва. Тому законні представники відповідних потерпілих не вправі здійснювати належні останнім матеріальні права і, відповідно, бути суб'єктами примирення, врегульованого кримінальним законом. До такої думки схиляє і ч. 4 ст. 56 КПК, в якій говориться, що право примиритись з підозрюваним (обвинуваченим) і укласти угоду про примирення у випадках, передбачених у тому числі законом України про кримінальну відповідальність, має потерпілий. На відміну від інших кримінально-процесуальних норм, про законних представників у цьому разі не йдеться. Проблему суб'єктного складу кримінально-правового примирення необхідно розв'язувати у законодавчому порядку так, як це зроблено, наприклад, у ст. 109 КК Молдови або ст. 130 КК Іспанії. У літературі (О. Дроздов, В. Гутник) висувалась слушна пропозиція закріпити у КПК положення про те, що винний може примиритись безпосередньо з неповнолітнім або обмежено дієздатним і без згоди законних представників, якщо останні виступають проти примирення з мотивів, які, на думку суду, не заслуговують на увагу. Вимушений констатувати, що у КПК 2012 р. позначена вище проблема не розв'язана.

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України) нагадує відомий зарубіжному законодавству інститут медіації як альтернативного способу врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво у примиренні сторін. При цьому у більшості держав світу примирення з потерпілим є інститутом не кримінального, а кримінально-процесуального права. Ознайомлення з Главою 35 КПК (назва глави – «Кримінальне провадження на підставі угод») дозволяє стверджувати, що вітчизняний законодавець сприймає саме такий підхід.

Регламентовані КПК угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) не мають відношення до врегульованого КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, тобто в цій частині КК і КПК між собою не узгоджені. Адже кримінальне провадження на підставі вказаних угод передбачає ухвалення вироку і призначення покарання, хай і узгодженого сторонами відповідної угоди, чого не відбувається у випадку звільнення від кримінальної відповідальності. У цьому разі обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винуватою у злочині та який виражає негативну оцінку вчиненому з боку держави, як відомо, не виноситься.

З огляду на сказане, важко погодитись із пропозицією (М. Вільгушанський, М. Сіроткіна) внести зміни до ст. 46 КК з метою чіткого визначення, що примирення оформлюється відповідною угодою. Разом з тим окремі положення, пов'язані з кримінально-процесуальним примиренням, могли б стати у нагоді при вдосконаленні ст. 46 КК (щодо відмінних від відшкодування шкоди дій, які підозрюваний (обвинувачений) зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, вказівки на строк відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, наслідків невиконання угоди про примирення тощо).

За відсутності однієї з умов примирення, регламентованого ст. 46 КК (наприклад, винний і потерпілий домовились про відшкодування шкоди у майбутньому), особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, проте це не виключає укладення угоди про примирення у порядку, передбаченому КПК. Водночас вважаю за доцільне доповнити ст. 46 КК положенням про те, що особа, яка вчинила злочин і примирилась з потерпілим, фактично відшкодувала збитки (усунула шкоду) або погодила з потерпілим порядок такого відшкодування (усунення).

Поряд із звільненням від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим як положенням матеріального права (ст. 46 КК), процесуальний порядок застосування якого визначений у § 2 глави 24 КПК, паралельно (автономно) існує інститут кримінального провадження у формі приватного обвинувачення (Глава 36 КПК). Таке кримінальне провадження може бути розпочате слідчим або прокурором лише на підставі заяви потерпілого. А кримінальне провадження щодо злочинів, за якими можливе примирення на підставі ст. 46 КК, розпочинається на загальних підставах, тобто і за відсутності волевиявлення потерпілого. Ст. 46 КК застосовується щодо особи, яка вчинила будь-який злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, в той час, як у ст. 477 КПК фігурують конкретні злочини. До цих злочинів, до речі, наш законодавець навряд чи виправдано відніс деякі тяжкі і навіть особливо тяжкі злочини. Відмова потерпілого (його представника) від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, на відміну від примирення, про яке говориться у ст. 46 КК, може бути здійснена незалежно від того, чи вперше вчинила винувата особа те чи інше кримінальне правопорушення. Якщо ст. 46 КК чітко вимагає відшкодування завданих збитків (усунення заподіяної шкоди), і це має бути здійснене до звільнення особи від кримінальної відповідальності, то приписи КПК у частині обов'язковості або факультативності відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення позбавлені однозначності. Процесуальний порядок закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, як і раніше, не має у КК України належної матеріально-правової підстави, на що у період чинності попереднього КПК зверталась увага у літературі (В. Навроцький).

Таким чином, можна констатувати загалом несистемний характер законодавчих змін 2012 р., пов'язаних із регламентацією процедур примирення. Нагальною є потреба в уніфікації положень про примирення, передбачених КК і КПК України.

ПОНЯТТЯ «УХИЛЕННЯ ВІД ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА» В КОНТЕКСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ЗАКІНЧЕННЯМ СТРОКІВ ДАВНОСТІ¹

Втрата або істотне зменшення суспільної небезпеки вчиненого злочину традиційно вважається однією з підстав існування положень про давність в кримінальному праві України. Ураховується також презумпція про втрату (повністю або значною мірою) суспільної небезпеки особи, яка тривалою законотривальною поведінкою після вчинення злочину демонструє своє виправлення. Суспільна небезпека особи, яка вчинила злочин, не може існувати безкінечно. З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що максимальна суспільна небезпека знаходить свій прояв у момент вчинення злочину, згодом, за певних умов, вона здатна зменшуватися і, врешті-решт, втрачатися зовсім. Зрозуміло і те, що така втрата не може відбутися одразу, це – досить тривалий процес, що залежить від тяжкості злочину [1, с. 625].

З урахуванням викладеного в КК України існує низка положень про давність, що застосовуються до того, хто вчинив злочин. Серед них – ст. 49 КК України, в якій йдеться про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Вказане звільнення від кримінальної відповідальності застосовується за наявності трьох умов: 1) закінчення зазначених у законі строків; 2) невчинення протягом цих строків нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину; 3) неухилення особи від слідства або суду. Остання з названих умов привертає до себе особливу увагу в контексті правозастосування, оскільки її законодавче формулювання (ч. 2 ст. 49 КК України) позбавлене однозначності.

Проблематика звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності активно досліджується у вітчизняній кримінально-правовій літературі. Маються на увазі праці Ю.В. Бауліна, А.М. Бойка, М.М. Головачка, В.А. Клименка, В.В. Скибицького, В.В. Устименка, М.І. Хавронюка та ін. Незважаючи на загалом усталене розуміння поняття «ухилення від досудового слідства», з питання про зміст цього кримінально-правового поняття не виключаються, як показує звернення до юридичної літератури і матеріалів правозастосовної практики, суперечливі підходи. У зв'язку з цим метою пропонованої статті є розкриття змісту поняття «ухилення від досудового слідства» як обставини, що зумовлює зупинення перебігу давності при звільненні особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Відповідно до ч. 2 ст. 49 КК України перебіг давності зупиняється, якщо особа, яка вчинила злочин, ухилялася від досудового слідства або суду. Перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. Оскільки в ч. 2 ст. 49 КК України йдеться саме про зупинення строку давності (а не про його переривання), з дня з'явлення особи, яка ухилялась від досудового слідства або суду, із зізнанням або її затримання, перебіг строку давності не відновлюється спочатку, а продовжує тривати. У цьому разі час, який минув від моменту вчинення злочину до моменту, коли особа почала ухилятися від правозастосовних органів, не анулюється, а підлягає зарахуванню в строк давності, зазначений у законі.

Зупинення впливу строку давності у випадку ухилення особи від досудового слідства або суду як різновиду негативної посткримінальної поведінки особи – захід кримінально-правового характеру, покликаний забезпечувати реалізацію кримінальної відповідальності. При цьому поняття ухилення від слідства і суду не є нормативно визначеним і розкривається в кримінально-правовій літературі.

Домінуючою (традиційною) у доктрині є точка зору, відповідно до якої під ухиленням від слідства або суду з погляду застосування ч. 2 ст. 49 КК України треба розуміти будь-які умисні дії, вчинені певною особою з метою уникнути кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин, що змушує правоохоронні органи вживати заходів, спрямованих на розшук і затримання правопорушника (нез'явлення без поважних причин за викликом до слідчого або суду, недотримання умов запобіжного заходу, зміна документів, які посвідчують особу, зміна зовнішності, перехід на нелегальне становище, перебування в тайнику, імітація своєї смерті тощо). Особою, яка ухиляється від слідства або суду, визнається відома цим органам особа (що підтверджується матеріалами кримінального провадження) як така, що вчинила певний злочин і здійснила дії з метою приховування місця свого перебування від слідства або суду. Так само вирішувалось це питання стосовно згаданого в ч. 3 ст. 48 попереднього КК «скриття» від слідства або суду. До речі, «скриття» – типовий росіянізм, яких у КК 1960 р. вистачало.

Давність персоніфікована, у зв'язку з чим про ухилення (приховання) особи від слідства можна говорити лише тоді, коли воно проводиться щодо конкретної особи. Зупинення перебігу строку давності можливе тільки щодо певної особи, обізнаної про те, що стосовно неї проводиться слідство. Із законодавчого положення про відновлення перебігу давності з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання випливає,

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2015. – № 2. – С. 87–99.

що особу винного встановлено і здійснюються заходи, спрямовані на встановлення її місцезнаходження. Відповідно, не визнається такою, що ухиляється від слідства або суду, невідома правоохоронним органам особа, яка вчинила злочин і переховується після цього, а також особа, хоч і відома компетентним органам, але причетність якої до вчинення злочину на момент її зникнення ще не встановлено [2, с. 214–215; 3, с. 73; 4, с. 228–232; 5, с. 803; 6, с. 196].

Ю.В. Баулін, враховуючи оновлення кримінального процесуального законодавства, наголошує на тому, що особа, яка ухиляється від досудового слідства або суду, має бути відома органам досудового слідства або суду, які повинні вести розшук злочинця, котрий переховується. Це має місце після повідомлення про підозру в порядку, визначеному главами 22, 23 розділу III КПК України. У разі переховування особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, від досудового слідства до моменту повідомлення їй про підозру слідчий, за наявності достовірних відомостей для повідомлення про підозру саме цій особі, здійснює всі необхідні та можливі слідчі (розшукові) дії, направлені на встановлення місцезнаходження особи та ознайомлення її з повідомленням, і, в разі неможливості цього, – виносить вмотивовану постанову, яку погоджує прокурор (ст. 280 КПК України) [7, с. 341].

Подібним чином висловлюється М.М. Головачук. Цей автор пише про те, що особою, яка переховується від органів досудового слідства з метою ухилення від кримінальної відповідальності, може бути підозрюваний (тобто особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276 – 279 КПК України, повідомлено про підозру, або яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення), особа якого відома цим органам, щодо якого слідчим або прокурором винесена окрема постанова про розшук чи в постанові про зупинення досудового розслідування міститься вказівка про це, чи щодо якої судом, слідчим суддею постановлена ухвала про застосування одного з запобіжних заходів або про затримання особи з метою приводу [8, с. 134]. Уточни-мо, що на сьогодні підозрюваним є також особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено особі внаслідок невстановлення її місцезнаходження, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений кримінальним процесуальним законом для вручення повідомлень (ч. 1 ст. 42 КПК України).

У межах традиційного підходу чимало інших дослідників також звертають увагу на те, що при з'ясуванні того, які дії особи мають визнаватись юридично значущим (а не просто фактичним) ухиленням від слідства або суду, треба враховувати, крім усього іншого, кримінально-процесуальний статус особи, яка вчинила злочин. Це має бути особа, яка в установленому порядку була визнана підозрюваним або обвинуваченим та яка зобов'язана з'являтися до правозастосовних органів за викликом, перебувати в межах їх досяжності. Якщо при вирішенні розглядуваного питання ігнорувати процесуальний аспект, який дозволяє фіксувати строки здійснюваного особою ухилення від слідства, то особа, яка вчинила злочин та яка відразу не з'явилась із зізнанням, автоматично визнаватиметься такою, що ухиляється від слідства [9, с. 50–53; 10, с. 249–250; 11, с. 904–905; 12, с. 6–7]. Стосовно останньої тези хотіли б зауважити, що бездіяльність, на нашу думку, не може розцінюватись як ухилення, про яке йдеться в ч. 2 ст. 49 чинного КК України. Свого часу І.М. Ігнатів з цього приводу писав, що в тому разі, коли злочинець не вчинить жодних дій, спрямованих на ухилення, але з тих чи інших причин його не буде притягнуто до кримінальної відповідальності, хоч органам розслідування буде відомо про нього та його буде оголошено в розшук, цей злочинець не може бути визнаний таким, що ухиляється від слідства або суду [13, с. 286].

Вважається, що особа, яка фігурує в ч. 2 ст. 49 чинного КК України, ухиляється від виконання певного обов'язку, усвідомлюючи, що в неї вже виник юридичний обов'язок постати перед слідством або судом (обов'язок «тримати відповідь» перед державою). На особу, яка вчинила злочин, законодавством не покладається обов'язок самовикриття, а тому якщо вона до моменту виникнення вказаного обов'язку в порядку реалізації конституційного права на свободу пересування змінила місце свого проживання (хай і з метою уникнення кримінальної відповідальності), про юридично значуще ухилення від слідства говорити не доводиться. Виходить, що для встановлення факту ухилення від досудового слідства як підстави для зупинення перебігу давності за ч. 2 ст. 49 КК України потрібна наявність двостороннього суб'єктивного зв'язку між органами досудового слідства (судом) та особою, котра підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину.

Тут не буде зайвим нагадати, що згідно зі ст. 22 КК УСРР 1922 р. строки давності, встановлені законом, подвоювались, якщо особа, притягнута до слідства або суду, приховувалась або в інший спосіб ухилялась від них. Хоча в цьому разі поняття ухилення від слідства або суду пов'язувалось з іншим правовим наслідком, а не зупиненням перебігу строку давності, воля законодавця була виражена чітко: ухилитись від слідства або суду могла не будь-яка особа, яка вчинила злочин, а лише той, про кого правозастосовні органи знали як про злочинця і щодо якого вони вжили передбачених законом заходів.

Повертаючись до чинного КК України, відзначимо, що через неконкретність відповідного законодавчого формулювання ми не виключаємо можливість іншого (порівняно з викладеним вище) тлумачення поняття «ухилення від досудового слідства», за якого достатньо встановити: 1) факт початку досудового слідства; 2) усвідомлення особою того, що вона вчинила злочин (щодо цієї обставини слушним є застереження В.В. Сверч-

кова про те, що виключити наявність ухилення від слідства може невпевненість особи, яка порушила кримінальний закон через необережність, в тому, що вона вчинила злочин [14, с. 243]); 3) вчинення тим, хто вчинив злочин і усвідомлює це, певної дії (-й), спрямованої на уникнення кримінальної відповідальності за скоєне.

За такого (умовно кажучи, *широкого*) підходу йдеться про вчинення особою будь-яких умисних дій, метою яких є унеможливлення викриття того, хто вчинив злочин, у тому числі незалежно від кримінально-процесуального статусу особи, яка вчиняє такі дії, і від того, чи відомо правоохоронцям про вчинення нею певного злочину. Видається, що і така поведінка особи засвідчує збереження її суспільної небезпеки і, відповідно, має тягнути за собою *de lege ferenda* зупинення перебігу строку давності.

З урахуванням системного характеру права значення взаємозв'язку і взаємодії положень КК і КПК України при вирішенні конкретних кримінально-правових питань не варто недооцінювати. Та все ж поняття «ухилення від досудового слідства або суду» є матеріально-правовим, і з цього передусім слід виходити у розгляданій ситуації. З огляду на сказане, потребує фахового обговорення питання про законодавче визначення (наприклад, у примітці до ст. 49 КК України) поняття «ухилення від досудового слідства та суду», яке б відтворювало його широке розуміння. Як варіант зазначене ухилення могло би отримати приблизно таке визначення: «Вчинення особою будь-якої дії, метою якої є уникнення кримінальної відповідальності».

На користь викладеної пропозиції вказують міркування М.М. Головача, який слушно звертає увагу на те, що у статтях 49 та 96-5 КК України, в яких закріплено тотожні кримінально-правові норми, по-різному сформульована підстава зупинення перебігу давності. На погляд науковця, більш правильно це зроблено в ч. 2 ст. 96-5 КК України, де говориться про переховування від органів досудового слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, якщо місцезнаходження уповноваженої особи юридичної особи невідоме. Таке законодавче положення узгоджується з п. 2 ч. 1 ст. 280 КПК України. Тому відповідного корегування потребує підстава зупинення перебігу строків давності в ч. 2 ст. 49 КК України [8, с. 133].

Аналізуючи цю кримінально-правову норму і констатуючи, що на відновлення перебігу строку давності впливає, зокрема, з'явлення особи із зізнанням, П.П. Сердюк висловлює думку про те, що це не обов'язково має бути особа, яка відома правоохоронним органам [15, с. 223].

Разом з тим при з'ясуванні змісту кримінально-правового поняття «ухилення від досудового слідства або суду» на сьогодні потрібно мати на увазі, що за умов неоднозначності того або іншого положення кримінального закону, його неоднакового тлумачення підлягає застосуванню загально-правовий принцип, згідно з яким будь-які сумніви при тлумаченні закону та його застосуванні вирішуються на користь особи, яка вчинила злочин. Положення про те, що конституційний імператив «усі сумніви – на користь обвинуваченого (підсудного)» має застосовуватись у випадках неоднозначності приписів матеріального кримінального права, обстоює чимало відомих українських науковців (П.П. Андрушко, Л.П. Брич, А.А. Музика, В.О. Навроцький та ін.).

З огляду на викладене вище, викликає інтерес один із прецедентів, який нещодавно з'явився в судовій практиці. 12 січня 2015 р. адвокат З., діючи в інтересах А., звернувся до Верховного Суду України із заявою про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 травня 2006 р. Згідно з обставинами справи А. вчинив умисне вбивство двох і більше осіб, кваліфіковане за п. «г» ст. 93 КК України 1960 р. За вчинення цього злочину суд призначив засудженому покарання у виді довічного позбавлення волі. На переконання адвоката, суд касаційної інстанції витлумачив положення статей 5, і 49 КК чинного України і ст. 48 КК 1960 р. у спосіб, що суперечить їх точному змісту, допустивши помилку в обчисленні строків давності, після закінчення яких особа звільняється від кримінальної відповідальності за цей злочин. У зв'язку із закінченням строків давності за злочин, вчинений 21 жовтня 1995 р., суд відповідно до ч. 4 ст. 48 КК України 1960 р. і ч. 4 ст. 49 КК України 2001 р. не вправі був призначити цій особі покарання у виді довічного позбавлення волі; останнє мало бути замінено покаранням у виді позбавлення волі на певний строк.

Будучи членами НКР при Верховному Суді України та готуючи науковий висновок за цим казусом, ми встановили, що суд першої інстанції не з'ясовував питання про можливість звільнення А. від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності та про зумовлену закінченням строку давності обов'язковість заміни довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк. Натомість Верховний Суд України, розглядаючи касаційну скаргу адвоката про безпідставність незастосування такого звільнення щодо А. і спростовуючи позицію захисту, зробив висновок про те, що строк давності за вчинений засудженим злочин не вплив. Адже згідно з ч. 3 ст. 48 КК України 1960 р. перебіг давності зупиняється, якщо особа, яка вчинила злочин, скриється від слідства або суду. За твердженням суду, А. тривалий час приховувався від слідства в Чеській Республіці, а після екстрадиції в межах строків давності був притягнутий до кримінальної відповідальності, і йому обґрунтовано призначено покарання у виді довічного позбавлення волі, передбачене санкцією ст. 93 КК України 1960 р.

Як впливає з ч. 3 ст. 5 чинного КК України і порівняльного аналізу положень ст. 48 КК України 2001 р. і ст. 49 КК України 2001 р., по-перше, строк давності за умисне вбивство за обтяжуючих обставин, вчинене до

1 вересня 2001 р. і кваліфіковане за ст. 93 КК України 1960 р., становить десять років; по-друге, для того, щоб у цьому разі можна було ставити питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності за давністю, кінцевий момент цього строку мав настати до дня набрання законної сили вирок суду, яким особу засуджено за вчинення злочину.

Отже, строк давності за злочин, вчинений А. 21 жовтня 1995 р., за загальним правилом (і попередньому, і чинному кримінальному закону відомі положення про зупинення перебігу давності та переривання такого строку), повинен був закінчитись 22 жовтня 2005 р.

У науковому висновку в цій кримінальній справі ми визнали за потрібне наголосити на такій обставині: якщо Верховний Суд України при розгляді касаційної скарги виходив з так званого *широкого* розуміння поняття «ухилення від досудового слідства», він, серед іншого, мав довести, що А. у 1998 р. виїхав за межі України, маючи на меті саме ухилення від кримінальної відповідальності. Адже відповідно до ст. 33 Конституції України кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати Україну (за винятком обмежень, встановлених законом). Однак суд не встановив тієї обставини, що А. виїхав до Чеської Республіки саме з метою уникнути кримінальної відповідальності за вчинений у 1995 р. злочин.

Оскільки заява адвоката про те, що А. з 1998 р. легально проживав в Чеській Республіці і не міг знати про пред'явлення йому обвинувачення і розшук у зв'язку з кримінальною справою фактично залишилась не спростованою, в аналізованій ситуації треба виходити з домінуючого (*традиційного*) розуміння поняття «ухилення від досудового слідства», а отже, з того, що особа, причетність якої до вчиненого злочину не була встановлена в закріпленому законом порядку, не може вважатись такою, котра ухиляється від слідства або суду.

Отже, на наш погляд, суд при ухваленні рішення стосовно А. мав констатувати відсутність вчиненого ним ухилення від слідства. У зв'язку з цим суд, керуючись ст. 5 КК України, був зобов'язаний на підставі ч. 4 ст. 48 КК України 1960 р. вирішити питання про можливість застосування давності до зазначеної особи, оскільки на момент винесення вироку (22 лютого 2006 р.) 10-річний строк давності, який не зупинявся, за злочин, передбачений ст. 93 КК України 1960 р. і вчинений 21 жовтня 1995 р., сплив. Відповідно, призначення покарання у виді довічного позбавлення волі на підставі кримінального закону виключалось. Якщо суд (з урахуванням тяжкості вчиненого злочину – вбивства трьох людей та особи винного) не визнав би за можливе застосувати давність, він повинен був призначити А. не довічне позбавлення волі, а позбавлення волі на певний строк.

19 березня 2015 р. Верховний Суд України, розглянувши у відкритому судовому засіданні справу за заявою захисника З., у своїй постанові [16] погодився з нашими міркуваннями і, значною мірою відтворивши їх, сформулював правову позицію щодо розуміння ухилення від досудового слідства та суду. Таким ухиленням вважаються будь-які умисні дії, вчинені певною особою з метою уникнути кримінальної відповідальності за вчинений злочин, що змушує правоохоронні органи вживати заходів, спрямованих на розшук і затримання правопорушника. При цьому підкреслюється, що через персоніфікованість давності ухилення особи від слідства можливе лише тоді, коли слідство проводиться щодо конкретної особи. Зупинення перебігу строку давності здійснюється щодо певної особи, обізнаної про те, що стосовно неї проводиться слідство.

На думку Верховного Суду України, касаційний суд, відмовляючи в закритті кримінальної справи за ст. 93 КК 1960 р. у зв'язку із закінченням строків давності, мотивував своє рішення тим, що перебіг цих строків зупинявся, оскільки А. скривався від слідства в Чеській республіці, а після його затримання установлений ч. 3 ст. 48 КК 1960 р. строк давності не минув. Як на доказ ухилення А. від слідства касаційний суд послався на постанови слідчого від 12 грудня 2001 р. і 19 лютого та 15 травня 2002 р. про зупинення досудового слідства у зв'язку з оголошенням А. в розшук і неможливістю проведення подальших слідчих дій за відсутності обвинуваченого.

Касаційний суд, однак, не визначив, який саме строк давності поширюється на вчинене А. умисне вбивство та порядок його обчислення, не конкретизував, з яким юридичним фактом пов'язується кінець обчислення цього строку, не аргументував, чому вважає, що після вчинення злочину А. скривався від слідства, хоча такий факт суд першої інстанції не встановив. Перебування А. з 1998 р. по 2005 р. за кордоном, зупинення слідства у зв'язку з його розшуком і пред'явлення обвинувачення через кілька років після вчинення злочину самі по собі не свідчать про ухилення від слідства.

Виходячи з наведеного, Верховний Суд України зробив висновок про те, що норми про давність притягнення А. до кримінальної відповідальності за вчинене у жовтні 1995 р. умисне вбивство в ухвалі від 4 травня 2006 р. застосовані неправильно, а тому рішення суду касаційної інстанції в цій частині є незаконним і підлягає скасуванню, а справа – направленню на новий касаційний розгляд.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що поняття «ухилення від досудового слідства» в контексті ч. 2 ст. 49 КК України з погляду кримінально-правової доктрини може розумітись по-різному. По-перше, це може бути традиційний підхід, в основу якого покладено обмежувальне тлумачення кримінального закону та який передбачає, що ухилятися від досудового слідства може лише та особа, яка є підозрюваною у кримінальному

провадженні та яка усвідомлює цей факт. По-друге, не виключається інше (широке) розуміння розглянутого кримінально-правового поняття, яке ґрунтується на буквальному тлумаченні кримінального закону: ухилятися від досудового слідства може будь-яка особа, яка діє з відповідною метою. Бажано в законодавчому порядку усунути ґрунт для відповідної теоретичної дискусії і суперечливої судової практики, доповнивши ст. 49 КК України положенням, яке б однозначно закріплювало або традиційне (домінуюче), або широке розуміння кримінально-правового поняття «ухилення від досудового слідства та суду».

1. Энциклопедия уголовного права. Т. 10. Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Издание профессора Малинина – СПб ГКА, СПб., 2008. – 880 с.
2. Горелик И. И. Вопросы уголовного права (Общей части) в практике Верховного Суда БССР / И. И. Горелик, И. С. Тишкевич. – Минск : Изд-во «Вышэйшая школа», 1973. – 224 с.
3. Ткачевский Ю. М. Давность в советском уголовном праве / Ю. М. Ткачевский. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1978. – 241 с.
4. Егоров В.С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности / В. С. Егоров. – М. : Московский психолого-социальный ин-т, 2002. – 279 с.
5. Кримінальне право. Загальна частина : підручник / за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с.
6. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. – Т. 1 : Загальна частина / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – 376 с.
7. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2015. – 528 с.
8. Головчак М.М. Давність у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Головчак Мар'ян Михайлович. – К., 2014. – 284 с.
9. Тарбагаев А. Что считать уклонением от следствия и суда, приостанавливающим течение срока давности, предусмотренного ст. 78 УК РФ? / А. Тарбагаев // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 50–53.
10. Ендольцева А. В. Институт освобождения от уголовной ответственности: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Ендольцева Алла Васильевна. – М., 2005. – 396 с.
11. Уголовное право России: Общая часть : учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб. : Издат. Дом С.-Петерб. гоС. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гоС. ун-та, 2006. – 1064 с.
12. Балафендиев А. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности по УК РФ / А. Балафендиев // Уголовное право. – 2011. – № 1. – С. 4–8.
13. Курс советского уголовного права. В шести томах. Часть Общая. Том III. Наказание. – М. : Изд-во «Наука», 1970. – 350 с.
14. Сверчков В. В. Освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного дела (преследования), отказ в его возбуждении: проблемы теории и практики / В. В. Сверчков. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2008. – 586 с.
15. Сердюк П.П. Теоретичні й методологічні проблеми сучасного кримінального права : монографія / П.П. Сердюк. – Запоріжжя : Акцент Інвест-Трейд, 2012. – 800 с.
16. Постанова Верховного Суду України від 19 березня 2015 року № 5-1к15 [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636?OpenDocument&Type=2015&](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636?OpenDocument&Type=2015&).

ПРО ЗАМІНУ СМЕРТНОЇ КАРИ ДОВІЧНИМ ПОЗБАВЛЕННЯМ ВОЛІ. ЩОДО РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ¹

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму Рішенні від 26 січня 2001 р. № 1-рп/2011 визначив, що положення Кримінального кодексу України (далі – КК України) 1960 р. із змінами, внесеними Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України», якими смертну кару як вид покарання було замінено довічним позбавленням волі, треба розуміти як такі, що пом'якшують кримінальну відповідальність особи і мають зворотну дію в часі, тобто поширюються на осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини до набрання чинності цим Законом. Ураховуючи підвищену суспільну небезпеку злочинів, вчинених особами, яким свого часу було призначено смертну кару, Рішення КСУ видається справедливим і доцільним. Постає, однак, питання, наскільки правовим є вказане Рішення, а так само, наскільки доречною та переконливою є наведена у ньому аргументація. З'ясуванню вказаних питань і присвячено цю статтю.

По-перше, КСУ виходить з того, що з дня ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. у справі щодо неконституційності окремих положень КК 1960 р. про смертну кару і до набрання чинності Законом від 22 лютого № 1483-III існував проміжок часу, протягом якого Верховна Рада України приймала рішення щодо внесення змін до КК 1960 р. стосовно заміни смертної кари іншим видом покарання – довічним позбавленням волі. Цей проміжок був обумовлений неодноразовою втратою чинності положеннями КК 1960 р. щодо смертної кари і набранням чинності Законом від 22 лютого № 1483-III стосовно встановлення нового виду покарання. Це стало результатом здійснення КСУ нормоконтролю за відповідністю Конституції України положень Кодексу 1960 р. щодо смертної кари. Однак наявність зазначеного проміжку часу, на думку КСУ, не означає, що існуючі на той час відповідні санкції статей КК 1960 р. втратили альтернативний характер та передбачали лише покарання у виді позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років. Це підтверджується, зокрема, тим, що КК 1960 р. встановлював безальтернативну санкцію – позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років – за умисне вбивство без обтяжуючих обставин (ст. 94). Проте законодавець не визнавав таке саме покарання співмірним з покаранням за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, оскільки вважав, що за вчинення таких злочинів мала існувати можливість призначення судами і більш суворого покарання (ст. 93 Кодексу 1960 р.).

Як бачимо, положення про альтернативність відповідних санкцій КК 1960 р. у зазначений проміжок часу обґрунтовується в аналізованому Рішенні КСУ посиленням не на приписи законодавства, а принцип справедливості. І це фактично єдиний аргумент, який навів КСУ для підтвердження обстоюваної ним думки про неможливість призначення у вказаний проміжок часу винній особі покарання у виді позбавлення волі на певний строк, не дивлячись на те, що в ст. 3 КК України 2001 р. чітко закріплено, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

Крім цього, із твердження КСУ про те, що і після ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. відповідні санкції продовжували носити альтернативний характер, може скластись хибне враження про необов'язковість Рішення КСУ щодо скасування смертної кари. При цьому в аналізованому Рішенні КСУ слушно зазначається, що «положення Кодексу 1960 року щодо смертної кари як виду покарання з дня ухвалення Конституційним Судом України Рішення від 29 грудня 1999 року не підлягали застосуванню судами, а органи виконавчої влади не повноважні виконувати вирок стосовно осіб, засуджених до смертної кари, вирок щодо яких не були виконані на день ухвалення зазначеного рішення».

По-друге, після ознайомлення з Рішенням КСУ залишається не зовсім зрозумілим, яке ж покарання повинні були призначати суди особам, які вчинили злочини, передбачені ст. 93 КК України 1960 р., у період після ухвалення рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. і до набрання чинності Законом від 22 лютого № 1483-III. Смертну кару суд призначити не міг, оскільки такий вид покарання був визнаний неконституційним, і відповідні положення кримінального законодавства втратили чинність, а законодавчі положення про довічне позбавлення волі як «замінник» смертної кари були ще відсутні. Положення про смертну кару, починаючи з 29 грудня 1999 р., взагалі не повинні були наводитись в офіційному тексті КК; у ньому варто було зазначати, що те чи інше положення втратило чинність на підставі відповідного рішення КСУ. Позбавлення волі на певний строк також не могло бути призначене, оскільки, на переконання КСУ, це порушувало б принцип справедливості. Інших видів покарання санкція ст. 93 попереднього КК на той час не містила.

Виходить, що суду залишалось тільки чекати, доки Верховна Рада України нарешті не виправить становище, що склалося. У підтвердження висловленої нами думки процитуємо Рішення КСУ від 26 січня 2011 р.: «...альтернативний характер санкцій статей Кодексу 1960 р., які передбачали покарання за особливо тяжкі злочини, не давав підстав для призначення судами іншого покарання замість смертної кари до моменту її

¹ Стаття написана в співавторстві з А.О. Данилевським та опублікована: Вісник прокуратури. – 2011. – № 6. – С. 72–79.

заміни Верховною Радою України на довічне позбавлення волі, оскільки це порушувало принцип співмірності тяжкості злочину і покарання за його вчинення, не відповідало принципу справедливості в кримінальному праві».

По-третє, КСУ стверджує, що після ухвалення ним Рішення від 29 грудня 1999 р. КК 1960 р. не став новим законом, що пом'якшував кримінальну відповідальність осіб за вчинення особливо тяжких злочинів. При цьому КСУ виходить з того, що в ч. 4 ст. 5 КК 2001 р. йдеться про можливість його зміни тільки іншим законом про кримінальну відповідальність, а не Рішенням КСУ, який повноважний лише визнавати неконституційними положення закону про кримінальну відповідальність. Правильність викладених міркувань викликає сумнів.

Хоч рішення КСУ не можна називати законами у вузькому значенні цього поняття і навіть нормативно-правовими актами, оскільки вони відрізняються від останніх за формою та порядком прийняття, у випадку визнання певного закону чи його положення неконституційним рішення КСУ має дію, аналогічну дії закону, що скасовує певне положення іншого закону. Щоправда, приймаючи таке рішення, КСУ фактично виступає в ролі «негативного правотворця» і, на відміну від парламенту, не може створювати нову норму замість тієї, що втратила чинність. Не будучи законодавцем, КСУ лише «звільняє» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави. Положення Конституції України, присвячені регламентації повноважень КСУ (зокрема, ч. 2 ст. 147, ч. 1 ст. 150), є універсальними в тому плані, що вони не містять застережень стосовно галузевої належності правових актів, конституційність яких з'ясовується. Тобто таким актом може виступати КК України (його окремі положення).

Отже, ухвалюючи присвячене смертній карі Рішення від 29 грудня 1999 р., КСУ діяв у межах своїх конституційних повноважень; виконуючи правотворчу функцію відповідно до Основного Закону держави, КСУ здійснив правомірне втручання у законодавче регулювання кримінально-правових відносин.

До речі, позиція КСУ, який в обґрунтування своєї позиції посилається в тому числі на Рішення КСУ від 19 квітня 2000 р. у справі про зворотну дію кримінального закону в часі, виглядає певною мірою нелогічною. Адже конституційні судді фактично відмовляють КСУ в праві визначати «долю» тих чи інших положень кримінального закону, стверджуючи, що «виключно кримінальними законами визначаються діяння, які є злочинами, та встановлюється відповідальність за їх вчинення». Насправді рішення КСУ є відмінним від кримінального закону джерелом кримінального права, спроможним через внесення змін до КК скасовувати або пом'якшувати кримінальну відповідальність.

Розглядаючи питання про правову природу рішень, ухвалюваних КСУ, слід зазначити, що вони є обов'язковими для виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. Такі риси зазначених рішень з огляду на те, що вони призводять до скасування чи зміни окремих положень відповідних правових актів, дозволяють відносити їх, на думку багатьох правознавців [2], до джерел права.

Рішення КСУ про неконституційність певної норми кримінального закону є самодостатнім, остаточним, загальнообов'язковим і не потребує підтвердження з боку законодавчого органу – імплементації до КК шляхом ухвалення нового закону. Видання такого закону не можна розуміти інакше, як зайве дублювання рішення, прийнятого КСУ.

Положення КК України 1960 р. щодо смертної кари (ст. 24 і положення санкцій статей Особливої частини КК, які передбачали смертну кару як вид покарання) втратили чинність з дня ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.. Це впливає з ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України»: згідно із вказаними нормами закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність.

На висновок про втрату чинності положеннями КК 1960 р. стосовно смертної кари як виду покарання внаслідок ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. не впливає та обставина, що відповідні положення до прийняття Закону від 22 лютого 2000 р. № 1483-III з офіційного тексту КК не виключались. Більше того: після того, як ст. 24 і положення санкцій статей Особливої частини КК, які передбачали смертну кару як вид покарання, втратили чинність на підставі Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р., виключати ці приписи з КК шляхом ухвалення окремого закону необхідності не було. «... з правової системи України статтю 24 КК України як сукупність офіційно існуючих нормативних приписів «виключив» – і реально, і формально – Конституційний Суд України, а тому Верховній Раді України, по суті, не було вже чого виключати» [3].

У Рішенні КСУ від 26 січня 2011 р. констатується, що в Законі від 22 лютого 2000 р. № 1483-III «комплексно вирішені питання, що стосувалися заміни смертної кари як виду кримінального покарання таким видом покарання, як довічне позбавлення волі». Але ж положення КК України щодо смертної кари як виду покарання на підставі Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. вже втратили чинність, а тому про заміну цих положень у зв'язку з ухваленням Закону України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III говорити не доводиться (як можна замінювати те, чого в юридичному сенсі вже не існує?). У зв'язку з цим позицію нашого законодавця, який, приводячи КК 1960 р. у відповідність з Рішенням КСУ від 29 грудня 1999 р., у санкціях відповідних статей Особливої частини

попереднього КК слова «смертною карою» замінив словами «довічним позбавленням волі», навряд чи можна визнати юридично коректною.

На нашу думку, пом'якшення (скасування) кримінальної відповідальності, що важливо з точки зору застосування положень ст. 58 Конституції України і ст. 5 КК України 2001 р. про зворотну дію в часі законів, може статися не лише внаслідок внесення відповідних змін до офіційного тексту КК, а і в результаті того, що окремі положення КК у встановленому порядку визнаються неконституційними. Прийняття рішення КСУ, яким певний закон визнається неконституційним, загалом має такі ж правові наслідки, як і ухвалення нового закону, що скасовує положення чинного закону: в обох випадках відповідні норми закону (визнані неконституційними чи скасовані іншим законом) втрачають чинність. Інакше кажучи, визнання кримінального закону неконституційним має визнаватись самостійним способом скасування цього закону.

Отже, у своєму Рішенні від 29 грудня 1999 р. КСУ не просто визнав певні положення неконституційними – з дня проголошення відповідного Рішення вони втратили свою чинність. То хіба можна стверджувати, як це робить КСУ, що КК України 1960 р. не став після ухвалення вказаного Рішення новим законом, якщо його окремі положення втратили чинність? Вважаємо, що після втрати чинності визнаних неконституційними положень санкцій статей КК України, які передбачали смертну кару як вид покарання, ці санкції зазнали змін і стали новим кримінальним законом, що пом'якшує відповідальність.

По-четверте, згідно зі ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. особі не може призначатися більш суворе покарання, ніж те, яке застосовувалося на час вчинення кримінального правопорушення. Якщо особа вчинила злочин, передбачений ст. 93 КК 1960 р., у період після ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. і до набрання чинності Законом від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, то застосування до такої особи покарання у вигляді довічного позбавлення волі слід розцінювати як порушення наведеної вище норми Конвенції, оскільки у цей період винному не могло бути призначене більш суворе покарання, ніж позбавлення волі на певний строк.

КСУ звертається до рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Ткачов проти України» від 13 грудня 2007 р. для підтвердження своєї думки про те, що заміна судами смертної кари на довічне позбавлення волі, встановлене новим кримінальним законом, а не на позбавлення волі строком на п'ятнадцять років, що як альтернативне смертній карі покарання було передбачено законом під час вчинення певних злочинів, не є порушенням статті 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

Як впливає зі змісту вказаного рішення ЄСПЛ, кримінальна справа щодо Ткачова за обвинуваченням його у вбивстві була порушена 10 грудня 1999 р., тобто злочин було вчинено ним до прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. Вирок ж, яким Ткачова було визнано винуватим і засуджено до довічного позбавлення волі, був постановлений 25 грудня 2001 р., тобто вже після набрання чинності Законом від 22 лютого 2000 р. № 1483-III. Ткачов як заявник скаржився на те, що, оскільки довічне позбавлення волі не було передбачено кримінальним законодавством на момент вчинення ним злочину, застосування такого покарання порушило ст. 7 Конвенції. Європейський Суд з прав людини не знайшов у цьому випадку порушень, і ми можемо лише здогадуватись, на підставі дослідження яких саме наданих йому матеріалів Суд ухвалив таке рішення. Висловимо припущення, що ЄСПЛ виходив із наступного. На час винесення щодо Ткачова вироку вже набрав чинності закон, який за вчинене ним діяння передбачав покарання у вигляді довічного позбавлення волі, яке є менш суворим порівняно зі смертною карою, що була передбачена за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах на момент вчинення такого злочину Ткачовим.

По-п'яте, у кримінальному праві під «проміжним законом» зазвичай розуміється закон, який, по-перше, не є чинним ні в момент скоєння злочину, ні в момент винесення рішення у справі, і, по-друге, є найбільш м'яким порівняно із законом часу вчинення злочину та законом часу прийняття рішення у справі.

КК України 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. (порівняно з КК України 1960 р. в редакції, що була чинною до 29 грудня 1999 р., КК України 1960 р. в редакції, що діяла після набрання чинності Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, а так само КК України 2001 р.) був найбільш м'яким кримінальним законом, який дозволяв вирішувати питання про кримінальну відповідальність осіб, які вчинили певні особливо тяжкі злочини, у найбільш сприятливому для цих осіб ключі. Максимальне покарання, яке могло бути призначене за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, після прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. (до набрання чинності Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III), становило 15 років позбавлення волі (за окремі військові злочини – 10 років позбавлення волі). Тому КК 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. повинен мати зворотну дію в часі, зокрема, стосовно осіб, які вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах до 29 грудня 1999 р.

Положення санкцій статей КК України 1960 р., в яких смертна кара як вид покарання була визнана неконституційною, до моменту запровадження довічного позбавлення волі як нового виду покарання є підстави вважати «проміжним законом». Отже, найбільш м'яким («проміжним») може визнаватись і той закон, який зазнав змін внаслідок того, що окремі його положення визнані неконституційними.

Необхідність надавати зазначеному закону (КК України 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) зворотну силу, поширюючи його дію у тому числі на тих, хто вчинив умисні вбивства за обтяжуючих обставин до 29 грудня 1999 р., прямо впливає з ч. 4 ст. 5 КК України 2001 р. Згідно з цією нормою, якщо після вчинення особою передбаченого КК діяння кримінальний закон змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

На відміну від ст. 5 КК України 2001 р., ст. 6 КК України 1960 р. не містила прямої вказівки на порядок застосування кримінального закону, якщо останній змінювався кілька разів. У кримінально-правовій доктрині питання про дію «проміжного закону» вирішувалось неоднозначно. Зокрема, висловлювалась точка зору, згідно з якою «проміжний закон» як такий, що не був чинним ні в момент вчинення злочину, ні в момент постановлення вироку, застосовуватись не повинен. Незважаючи на відсутність відповідного колізійного припису, вважаємо, що КК 1960 р. допускав зворотну дію в часі «проміжного закону». Такий висновок випливає з ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка вказує на зворотну дію в часі законів, що скасовують або пом'якшують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також). При цьому Конституція України не містить застереження про те, що вказані закони мають бути чинними у момент їх застосування (іншими словами, не повинні втратити чинність на час прийняття рішення у справі).

Те, що правовою підставою застосування «проміжного кримінального закону» (й особливо за відсутності спеціального колізійного припису на кшталт ч. 4 ст. 5 чинного КК України, ч. 2 ст. 2 КК Болгарії, ч. 3 ст. 3 КК Грузії тощо) виступає ч. 1 ст. 58 Конституції України, підтверджується розумінням зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, запропонованим КСУ у Рішенні від 19 квітня 2000 р. Суть зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, на думку КСУ, полягає в тому, що їх приписи поширюються на правовідносини, які виникли до набрання ними чинності, якщо вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи. Як бачимо, і КСУ не надає значення тій обставині, чи був чинним на момент застосування найбільш м'який закон.

Закон України від 22 лютого 2000 р. № 148-III, який запровадив довічне позбавлення волі, не має зворотної дії в часі, оскільки він фактично встановив (хоч і альтернативно – поряд із позбавленням волі на строк до п'ятнадцяти років) новий, більш суворий вид покарання порівняно з положеннями КК 1960 р. у редакції, що діяла після ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р.

КК 1960 р. у редакції Закону України від 22 лютого 2000 р. № 148-III є (порівняно з КК 1960 р. у редакції, що діяла до прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) законом, який пом'якшує кримінальну відповідальність, і водночас (порівняно з КК 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) – законом, який посилює кримінальну відповідальність.

Не будучи «проміжним кримінальним законом», ознаки якого наводяться вище, Закон України від 22 лютого 2000 р. № 148-III не може бути застосований щодо осіб, які вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах, до набрання чинності цим Законом, у тому числі стосовно осіб, засуджених до смертної кари, вироків щодо яких на момент набрання чинності цим Законом не було виконано.

З урахуванням викладеного вище, можемо констатувати, що при прийнятті Рішення від 26 січня 2011 р. № 1-рп/2011 КСУ керувався скоріше «духом», а не «буквою» закону та, як ми це спробували показати, значною мірою не взяв до уваги як законодавчі приписи, так і напрацювання доктрини. Фактично в основу ухваленого КСУ Рішення покладено одне – переконання суддів у тому, що позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років є несправедливою, недостатньою мірою покарання для тих, хто вчинив умисне вбивство при обтяжуючих обставинах. Протиставити цьому переконанню щось складно та і навряд чи потрібно. Справді, санкції кримінально-правових норм повинні бути диференційованими і співмірними (пропорційними) з тяжкістю злочинів і суспільною небезпекою осіб, які їх вчиняють. Попри свій прогресивний і, поза всяким сумнівом, доленосний характер, присвячене скасуванню смертної кари Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 виявилось «шкідливим», оскільки створило (унаслідок неузгодженості дій КСУ і парламенту) ґрунт для серйозної і загалом недоречної юридичної казуїстики. Ми, звичайно, не є захисниками тих серійних вбивць та інших нелюдів-душогубів у кількості 358 осіб, яким було призначено смертну кару та які наразі відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі. Однак останнім часом (у тому числі завдяки сумнозвісним рішенням КСУ) відчуваємо щонайменше дискомфорт у зв'язку зі своєю належністю до правничої професії.

1. Євграфова Є. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства // Право України. – 2001. – № 10. – С. 67.
2. Погорілко В. Джерела права України (загальна теорія джерел конституційного права) // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1. – С. 56; Гераськіна Т. О. Акти Конституційного Суду України як джерело кримінального права // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – Спеціальний випуск № 6. У двох частинах. Частина 1. – 2008. – № 6. – С. 51–57; Пахолок Л. І.

- Деякі питання співвідношення функцій законодавчої та судової влади // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – К., 2001. – С. 296–297; Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 14–15; Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие. – М., 2008. – С. 398–401; Тихомиров Ю. А. Котелевская И.В. Правовые акты: учебно-практическое и справочное пособие. – М., 1999. – С. 229.
3. Шапченко С.Д. Скасування смертної кари: проблем побільшало // Юридичний вісник України. – 1–23 серпня 2000 р. – № 33 (Інформаційно-правовий банк). – С. 27.

МІЖ ЖИТТЯМ І СМЕРТЮ: ПРО МАЙБУТНЄ СМЕРТНОЇ КАРИ В ШТАТІ КАЛІФОРНІЯ¹

Головне питання трагедії В. Шекспіра «Гамлет» на сьогодні все частіше постає в США в контексті визначення подальшої долі інституту смертної кари. Незважаючи на те, що ця вища міра покарання регламентована кримінальним законодавством як федерації, так і 33 штатів США, на практиці вона майже не застосовується через низку вагомих причин. Виняток становить хіба що штат Техас, в якому вироки із призначенням смертної кари поки що виносяться із завидною регулярністю.

Нагадаємо, що відповідно до Закону України від 22 лютого 2000 р. «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України» із КК України були виключені положення про можливість застосування смертної кари. При цьому Верховна Рада України керувалась Рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі. Проголошуючи неконституційність відповідних положень КК України, Конституційний Суд України виходив, поміж іншого, з того, що: Конституція України не містить жодних положень щодо можливості застосування смертної кари як винятку із положення про невід'ємне право на життя, а будь-які винятки стосовно прав і свобод людини і громадянина можуть бути встановлені лише Основним Законом; смертна кара не відповідає цілям покарання і не враховує можливості судової помилки; відповідно до кримінологічних досліджень вона не є фактором, що стримує злочинність.

Загалом негативне ставлення до можливості відновлення інституту смертної кари простежується і в роботах вітчизняних науковців. Показовим у цьому сенсі є висловлювання В.В. Костицького про те, що смертна кара є глибоко аморальною за своїм змістом і формою; смерть заподіює страждання людині в будь-якій формі, оскільки засуджена особа вмирає подумки в очікуванні кожну ніч, кожен світанок, аж поки вирок не буде виконаний [1].

Не дивлячись на сказане, дискусії навколо питання про майбутнє смертної кари періодично загострюються і в нашій державі. Так, проектом Закону України № 8148 від 22 лютого 2011 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-Процесуального кодексів України (щодо впровадження смертної кари як виду покарання)» пропонувалось внести зміни до КК України шляхом закріплення виняткової міри покарання у вигляді смертної кари за вчинення умисного вбивства за обтяжуючих обставин. Законопроект було повернуто суб'єктам законодавчої ініціативи на доопрацювання.

За таких обставин цікавим і таким, що заслуговує на вивчення, вважаємо досвід США і, зокрема, штату Каліфорнія, який наразі активно рухається в напрямі скасування вищої міри покарання. Обрання саме Каліфорнії як юрисдикції із закріпленням смертної кари в кримінальному законодавстві в контексті запозичення повчального зарубіжного досвіду пояснюється такими чинниками. По-перше, цей американський штат є порівнюваним з Україною за площею та кількістю населення. По-друге, Каліфорнія традиційно вважається одним із центрів економічного (займає восьме місце у світі за показниками економічного розвитку), політичного і правового життя країни. По-третє, Каліфорнія розглядається багатьма експертами як флагман ліберальної юриспруденції в США; відповідно, трендові процеси гуманізації законодавства штату не залишаються непоміченими в інших регіонах країни. Зазначене повною мірою стосувалося і пропозиції скасувати смертну кару, винесеної на референдум штату, що відбувся 6 листопада 2012 р.

Історія застосування смертної кари у Каліфорнії нараховує більше 140 років: вважається, що офіційно смертна кара була запроваджена тут у 1872 р., коли КК штату був доповнений положенням, яке зобов'язувало виконувати смертельні вироки шляхом повішення в окружних в'язницях штату, а не у будь-яких публічних місцях, як це мало місце раніше. У 1937 р. страта на шибениці як форма виконання смертельного вироку замінюється на газову камеру. Остання, визнана у 1994 р. жорстоким і незвичним покаранням, що суперечить Конституції штату, була замінена на так звану смертельну ін'єкцію – введення в організм засудженого суміші отрут чи сильнодіючих речовин.

24 квітня 1972 р. Верховний Суд штату Каліфорнія визнав неконституційними закони, що регламентують смертну кару. Через це 107 засудженим смертна кара тоді була замінена на довічне позбавлення волі. У тому ж році мешканці штату відреагували на рішення Суду шляхом прийняття на референдумі пропозиції про поновлення юридичної сили положень закону про смертну кару.

У справі Чейні проти Хеклера (1983 р.) Апеляційний суд округу Колумбія зобов'язав Федеральну адміністрацію з контролю харчових продуктів і лікарських препаратів контролювати якість лікарських засобів і хімічних речовин, що використовуються штатами під час виконання смертних вироків [2]. Цим рішенням суд фактично започаткував федеральний нагляд за гуманністю застосування смертної кари шляхом летальних ін'єкцій. Апеляційний суд звернув увагу на переконливі докази, які свідчили про високу ймовірність тривалого

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Вісник прокуратури. – 2012. – № 11. – С. 105–114.

і болісного настання смерті. Навіть незначна помилка в дозуванні чи застосуванні ін'єкцій може залишити засудженого у свідомому та паралізованому стані під час поступового настання смерті – фактично в стані свідомого свідка власного удушення.

КК Каліфорнії традиційно поділяє умисні вбивства на дві категорії – умисні вбивства першого та другого ступенів. До вбивства першого ступеня § 189 КК Каліфорнії відносить такі його види: із застосуванням вибухового чи знищувального пристрою; із застосуванням зброї масового знищення; із застосуванням зброї; із застосуванням отрути; поєднане із заподіянням тортур, сильного болю чи умисного тривалого позбавлення життя; вчинене під час вчинення чи замаху на підпал, зґвалтування або інший статевий злочин, угон транспортного засобу, крадіжку з проникненням, грабіж, захоплення людей, заподіяння тілесних ушкоджень, пошкодження потягу; шляхом пострілу із вогнепальної зброї з автомобіля. Всі інші види вбивств законодавцем віднесено до другого ступеня.

§ 190(a) КК Каліфорнії за скоєння вбивства першого ступеня альтернативно передбачає покарання у вигляді смертної кари, довічного позбавлення волі без права на дострокове звільнення або позбавлення волі від 25 років до довічного.

Відповідно до § 3600(a) КК Каліфорнії будь-яка особа чоловічої статі, засуджена до смертної кари, повинна бути передана під нагляд начальнику в'язниці штату, де вона перебуватиме до моменту виконання вироку. Аналогічне положення щодо осіб жіночої статі закріплене в § 3601 і § 3602 КК штату. § 3604 (a) КК Каліфорнії «теоретично» залишає засудженому право вибору способу виконання смертельного вироку. Так, за письмовим зверненням до начальника установи виконання покарання смертю застосовується шляхом застосування газу чи введення в організм речовин у кількостях, достатніх для настання смерті, відповідно до стандартів, затверджених Департаментом виконання покарань [3].

Водночас слід зазначити, що Окружний суд Каліфорнії в м. Сан-Франциско 5 жовтня 1994 р. своїм рішенням визнав, що газова камера є негуманним способом покарання. Згодом, 21 лютого 1996 р., федеральний Апеляційний суд 9 округу зробив однозначний висновок, що виконання смертного вироку у газовій камері прямо порушує Поправку VIII до Конституції США, яка забороняє вдаватися до жорстоких і незвичайних покарань. У своєму рішенні Суд послався на неспростовні докази заподіяння засудженому надзвичайних страждань та їх тривалості (у середньому – 10 хвилин) через вплив смертельних газів на організм.

До речі, конституційне положення про заборону жорстоких покарань періодично стає предметом судових баталій за участю супротивників смертної кари. Вони послідовно здійснюють спроби переконати американських суддів у тому, що будь-який спосіб позбавлення життя засудженого є жорстоким і незвичним покаранням [4, с. 3–4].

Цікаво, що введення смертельної ін'єкції було визнано офіційним, однак не єдиним способом виконання найвищої міри покарання в Каліфорнії. Річ у тім, що Верховний Суд США у справі Стюарт проти ЛаГранда (1999 р.) вирішив, що у випадку обрання конкретного способу виконання смертного вироку засуджений позбавляється права оскаржувати конституційність застосування такого способу [5]. У світлі § 3604 (a) КК Каліфорнії рішення вищої судової інстанції США орієнтує, хоч і в дещо завуальованій формі, на теоретичну можливість вибору газової камери як способу виконання покарання. Як бачимо, право особистого вибору засудженого (навіть у такому нетиповому контексті) бере гору над антиконституційністю способу страти.

Далі пропонуємо узагальнити основні аргументи «за» і «проти» американських прибічників і супротивників смертної кари як виду покарання.

1. *Превенція*. Прибічники смертної кари обстоюють позицію, згідно з якою смертна кара ефективно виконує превентивну функцію щодо майбутніх вбивств. Зокрема, дослідження, проведені професором І. Ерліхом у 1975 р., продемонстрували, що кожна страта потенційно «рятує» сім життів, оскільки більше людей утримуються від вчинення вбивства [6]. Цей показник знайшов підтвердження і в подальших наукових розробках. Професор Е. Гаг пише, що смертна кара викликає серед населення найбільший страх перед покаранням. Відповідно, смертна кара як вид покарання чинить максимально ефективний стримуючий вплив на потенційних злочинців [7]. Прибічники смертної кари звертають увагу і на спеціальну превенцію, адже особа, засуджена до смертної кари, вже ніколи не вчинить нових злочинів.

Контраргументи супротивників смертної кари є такими. По-перше, існують наукові дослідження, які, спростовуючи висновки І. Ерліха, вказують на відсутність істотної різниці в стримуючому впливі між смертною карою та довічним позбавленням волі без права на дострокове звільнення. По-друге, на практиці значна кількість тяжких злочинів вчиняється у стані раптової ненависті, гніву, під впливом наркотичних засобів чи алкогольних напоїв; як наслідок, перспектива смертної кари за скоєне навряд чи береться до уваги винним у момент вчинення ним злочину. По-третє, особи, які вчиняють особливо тяжкі злочини, пов'язані з ретельною і тривалою підготовкою, зазвичай упевнені в здатності уникнути кримінальної відповідальності; отже, вони також не розглядають смертну кару як потенційний вирок.

2. *Кара (відплата)*. Прибічники смертної кари звертають увагу на те, що у випадку протиправного позбавлення життя так званий баланс правосуддя порушується. Якщо цей баланс не відновити, суспільство фактично посту- пається верховенству насильства. Отже, лише позбавлення життя через смертну кару здатне відновити баланс правосуддя і продемонструвати суспільству, що вбивство – неприйнятний злочин, який каратиметься відповідно. Більше того: окремі найбільш жорстокі види вбивств вимагають найбільш суворого покарання, адже будь-яке менш суворе покарання, ніж смертна кара, не виправдано зменшить цінність людського життя в суспільстві.

Опоненти наведеної точки зору натомість зазначають, що відплата є нічим іншим, як синонімом помсти. Фактично йдеться про архаїчний принцип таліону, що не повинен бути нормою в сучасному цивілізованому суспільстві. Американське суспільство взагалі та система правосуддя зокрема не схвалюють жорстокість і насильство у відповідь на вчинений злочин – не дозволяють катувати мучителя, гвалтувати гвалтівника тощо, у зв'язку з чим позбавлення вбивці життя виглядає щонайменше нелогічним кроком.

3. *Невинуватість (судова помилка)*. Супротивники смертної кари справедливо звертають увагу на оста- точність цього покарання: його не можна скасувати, а особу звільнити від покарання. Водночас класичне правило «без права на помилку», на превеликий жаль, тут не завжди спрацьовує. Так, починаючи з 1973 р. принаймні 88 осіб було звільнено від найвищої міри покарання у зв'язку з нововиявленими обставинами, що вказували на невинуватість засудженого. За цей же період було страчено 650 осіб. Таким чином, на кожні сім страчених осіб одна особа взагалі не повинна була перебувати на лаві підсудних.

Дослідження, проведене нещодавно юридичним факультетом Колумбійського університету, показало, що приблизно дві третини відповідних кримінальних справ містять серйозні помилки. Коли справи були повер- нуті на новий судовий розгляд, більш ніж 80% засудженим смертна кара була замінена на інші види покарань, а 7% осіб взагалі були виправдані. Виправдати незаконно засуджених до смертної кари дозволяють тести ДНК. Хоча цей захід став доступним для застосування на практиці США лише на початку 90-х років минулого століття, він уже довів свою ефективність у вигляді багатьох врятованих життів. Експерти припускають, що його відсутність у попередні роки нерідко призводила до засудження і наступної страти невинуватих осіб.

Отже, американське суспільство бере не себе ризик засудження до страти невинуватих осіб – ризик, якого можна легко уникнути шляхом заміни цього виду покарання на довічне позбавлення волі без права на дострокове звільнення.

Прибічники ж смертної кари, навпаки, оперують дещо іншими даними.

По-перше, зазначають вони, не існує достовірної інформації про те, що хоча б одну невинувату особу було страчено починаючи з 70-х років XX століття, коли були запроваджені додаткові апеляції та інші юридичні гарантії у цій категорії кримінального судочинства. Сьогодні процес апеляційного перегляду кримінальних справ, вирoki за якими передбачають смертну кару, як на рівні штату, так і на федеральному рівні є настільки ретельним, що ймовірність страти невинуватого надзвичайно низька.

По-друге, навіть якщо і припустити, що існує ризик страти невинуватої особи, він є незначним. Тут прово- диться паралель: позбавлення волі невинуватих осіб також є незаконним, однак ми ж не звільняємо в'язниці через цей незначний ризик. Якщо треба надалі реформувати систему надання правової допомоги у справах, пов'язаних із потенційним застосуванням смертної кари, а так само порядок застосування тестів ДНК під час створення доказової бази, необхідно запроваджувати такі реформи. Водночас необхідність реформ не повинна слугувати причиною для скасування смертної кари. До того ж, якщо буде доведено невинуватість особи, губернатор може її помилувати. Водночас у переважній більшості випадків заяви про невинуватість слугують лише тактичним кроком, що має на меті єдине, – відкласти страту на як можна пізнішу дату.

Як зауважив професор П. Касселл під час доповіді Комітету з питань правосуддя Палати представників Конгресу США, можливість страти невинуватого засудженого, справді, існує. Разом з тим Комітет зробив висновок про те, що вона є мінімальною. Верховний Суд США неодноразово визнавав у своїх рішеннях, що система особливо детальних і чітких законодавчих приписів, які регулюють питання, пов'язані із застосуванням смертної кари, гарантує дійсно унікальні умови регламентації найвищої міри покарання [8].

4. *Вибірковість та дискримінація*. Супротивники смертної кари вдаються до цього аргументу, щоб пока- зати: на практиці смертна кара не виокремлює найгірших із найгірших злочинців. Навпаки, це покарання застосовується у вибіркового режимі залежно від таких необ'єктивних чинників, як, зокрема, якість наданої правової допомоги, місце і регіон вчинення злочину, расова належність винного та жертви. Так, практично всі підсудні, до яких може бути застосований аналізований вид покарання, не можуть сплатити послуги адвоката. В результаті вони повністю залежать від якості правової допомоги, наданої призначеними штатом юристами, що через недостатність досвіду останніх чи брак фінансування часто є низькою. Засуджені, яких захищають низькокваліфіковані адвокати, мають значно більше шансів отримати вирок у вигляді смертної кари.

Проведені дослідження осіб злочинців, засуджених до страти, свідчать також, що переважна більшість із них є чорношкірими. Зокрема, починаючи з 1978 р., коли смертну кару відновили, було страчено 158 чорношкірих

і всього 11 білих громадян. Інший аспект: щодо жінок, які вчиняють вбивство або які є потерпілими від цього злочину, на практиці застосовуються відмінні (порівняно з чоловіками) стандарти кримінального судочинства.

Проявами вказаної вибіркості є також прокурорська дискреція та просто географія. Американські прокурори мають значно ширші повноваження порівняно з їх українськими колегами в частині порушення кримінального переслідування, висунення та зміни обсягу обвинувачення тощо. Відповідно, саме від сторони державного обвинувачення залежить, який вид і розмір покарання вимагатиметься застосувати до засудженого.

Супротивники смертної кари вбачають дискримінацію і в географічних ознаках, адже багато штатів та інших країн відмовились від смертної кари як виду покарання. Виходить, що за один і той саме злочин в одній юрисдикції особу буде засуджено до смертної кари, а в інших – до довічного позбавлення волі чи навіть до позбавлення волі на певний строк. Постає резонне питання: про яку рівність перед законом йдеться, якщо застосування покарання залежить від раси, статі та географії?

Кардинально інший погляд на проблему вибіркості та дискримінації мають прибічники смертної кари. Вони вказують на те, що судова та прокурорська дискреція завжди були важливими рисами американської системи правосуддя. Буде неправильним очікувати від прокурора чи судді переслідувати кожне порушення закону, так само, як і застосовувати ідентичні покарання за два схожих злочини. Адже кожен злочин є унікальним і фактичні обставини скоєного, а також особи винного завжди будуть різними. Верховний Суд США постановив, що обов'язкове застосування смертної кари до всіх без винятку осіб, винних у вчиненні вбивства першого ступеня, є неконституційним. Отже, підсумовують прибічники смертної кари, прокурорам та присяжним необхідно надавати певну міру дискреції.

Справді, до смертної кари засуджується більше чорношкірих, ніж білих осіб. Однак судова практика переконливо свідчить, що вони вчиняють і більше вбивств. Верховний Суд США відхилив результати статистичних досліджень, які вказують на расистські міркування під час вибору найсуворішого виду покарання, через їх непереконливість. Смертна кара повинна застосовуватись однаково за вбивства громадян будь-якої расової належності без виключень. Принцип однаковості повинен бути застосований і щодо якості правової допомоги: найкращі юристи не повинні мати можливість звільнити своїх підзахисних від застосування розглядуваного покарання просто через технічні помилки у кримінальному процесі.

Нарешті, одним із ключових аргументів на користь скасування смертної кари в Каліфорнії є, як це не банально може прозвучати, гроші. Особливої вагомості цей аргумент набуває на фоні триваючої фінансової кризи та масштабного скорочення програм, що фінансуються за рахунок бюджету штату. Сьогодні, через 30 років після волевиявлення мешканців Каліфорнії «за» смертну кару, громадська думка з цього питання кардинально змінюється у бік «проти». Адже з моменту повторного запровадження у 1978 р. смертної кари на референдумі штату платники податків у Каліфорнії витратили приблизно 4 млрд. доларів на фінансування фактично недієздатної системи виконання вироків, якими призначається смертна кара. За цей час було страчено лише 13 осіб. Зараз юридичні та адміністративні перешкоди у реалізації цього виду покарання є настільки серйозними, що більшість із 714 засуджених до вищої міри покарання чекатиме у середньому 20 років перш, ніж їхні справи будуть розглянуті остаточно.

У 2011 р. Коаліція працівників правоохоронних органів, родин жертв убивств та незаконно засуджених осіб розпочали масштабну кампанію за скасування смертної кари в штаті Каліфорнія. Ця громадська акція одержала назву «Збереження, звітність та правопорядок» або скорочено «Безпечна Каліфорнія» (Savings, Accountability, and Full Enforcement for California Act, скор. – SAFE California Act). Одним із найбільш вагомих досягнень цього громадського руху став проект Акту штату № 11-0035 «Про скасування смертної кари в Каліфорнії» (California End the Death Penalty Act (11-0035)), який було винесено на загальний референдум штату 6 листопада 2012 р. Проект пропонував: 1) скасувати найвищу міру покарання і замінити її на довічне позбавлення волі без права на дострокове звільнення, у тому числі для 725 осіб, які вже засуджені і чекають на виконання смертної кари; 2) зобов'язати осіб, засуджених до довічного позбавлення волі без права на дострокове звільнення, працювати з метою компенсувати заподіяну родинам потерпілих шкоду; 3) щорічно спрямовувати близько 30 млн. дол. додаткового фінансування поліцейським відділам для розслідування нерозкритих справ про вбивства та зґвалтування.

Активісти скасування смертної кари оперують, поміж іншого, такими даними. Щороку в Каліфорнії близько 46% вбивств та 56% зґвалтувань залишаються нерозкритими. Обмежені ресурси правоохоронних органів об'єктивно не дозволяють належним чином проводити розслідування цих резонансних злочинів. Розслідування тяжких латентних злочинів вимагає проведення коштовних тестів ДНК, залучення значно більшої групи слідчих, експертів, значних витрат на матеріально-технічне забезпечення роботи слідчих. Судовий розгляд кримінальної справи з потенційним смертним вироком також є дуже витратним і тривалим процесом. Чимало людей помилково вважають, що смертна кара – більш «дешеве» покарання, ніж довічне позбавлення волі, однак це не так. Починаючи з 1978 р., Каліфорнія, як вже зазначалось, спрямувала 4 млрд. доларів на витрати, пов'язані із застосуванням смертної кари.

Спільне дослідження економічного базису найвищої міри покарання, проведене суддею федерального Апеляційного суду 9 округу А. Аларконом та професором П. Мітчел, переконливо свідчить, що витрати на судові процеси, в яких обвинувачення вимагає смертної кари для підсудного, у 10–20 разів перевищує аналогічні витрати на процеси, де засуджений може бути покараний довічним позбавленням волі [9]. Дослідники переконані, що заміна смертної кари на довічне позбавлення волі без права на дострокове звільнення дозволить Каліфорнії щороку економити понад 100 млн. дол. бюджетних коштів. Ці кошти пропонуються спрямувати на покращення діяльності правоохоронних органів із розкриття злочинів.

Таким чином, враховуючи численні аргументи «за» і «проти» смертної кари у Каліфорнії, а також велику кількість її прибічників та супротивників, досить важко було спрогнозувати результати загального референдуму з цього питання, який відбувся 6 листопада 2012 р. З одного боку, чимало соціологічних досліджень вказували на схвальне ставлення більшості каліфорнійців до застосування смертної кари й особливо на фоні значної кількості резонансних злочинів, що вчиняються щороку. Також, як ми вже згадували, референдум 1972 р. продемонстрував підтримку смертної кари з боку більшості мешканців штату. З іншого боку, Каліфорнія завжди вважалась дуже ліберальним штатом, який особливо опікується захистом основних прав і свобод своїх громадян, зокрема, на життя і справедливий суд. Сьогодні цей штат має достатньо прикладів для наслідування – 15 американських штатів вже скасували смертну кару. У центрі уваги залишаються і гроші – мільйони доларів, що витрачались щороку на забезпечення існування вищої міри покарання. З огляду на масштабну фінансову кризу, це питання сьогодні, як ніколи, є важливим для прагматично налаштованих американців.

Результати голосування на референдумі 6 листопада цього року виявились невтішними для прибічників скасування смертної кари: 52 % виборців висловились на збереження найвищої міри покарання, а 48 % проголосували проти неї. Хоча такий наслідок є очевидною поразкою прибічників скасування смертної кари в штаті Каліфорнія, співвідношення голосів (52 % проти 48 %) вказує на однозначну лібералізацію правосвідомості пересічних каліфорнійців у частині застосування найвищої міри покарання. Для порівняння: повторне запровадження у 1978 р. смертної кари на референдумі штату характеризувалось співвідношенням 71 % (за смертну кару) до 29 % голосів (проти смертної кари). А тому є серйозні підстави вважати, що незначна за кількістю голосів поразка супротивників найвищої міри покарання у майбутньому може стати новим поштовхом для суспільних кампаній, спрямованих на її остаточне скасування.

1. Костицький В. Проблеми смертної кари в Україні // Право України. – 1997. – № 3. – С. 26–29.
2. Chaney v. Heckler. U.S. Court of Appeals, DC Circuit. Fed Report. 1983 Oct. 14;718:1174-200 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/821>.
3. The Penal Code of California [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml>.
4. Bessler J. Tinkering Around the Edges: Supreme Court's Death Penalty Jurisprudence // American Criminal Law Review Website. – 2012. – Р. 3–4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.americancriminal-lawreview.com/Drupal/sites/default/files/individual_articles/John%20D.%20Bessler%20%20Tinkering%20Around%20the%20Edges%20\(Cogitations\).pdf](http://www.americancriminal-lawreview.com/Drupal/sites/default/files/individual_articles/John%20D.%20Bessler%20%20Tinkering%20Around%20the%20Edges%20(Cogitations).pdf).
5. Stewart v. LaGrand, 526 U.S. 115 (1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-1412.ZPC.html>.
6. Ehrlich I. The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death / I. Ehrlich // The American Economic Review. – 1975. – № 3. – Р. 415.
7. Haag E. The Ultimate Punishment: A Defense (Harvard Law Review Association, 1986) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/angel/procon/haagarticle.html>.
8. Cassell P. Statement before the Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, Subcommittee on Civil and Constitutional Rights Concerning Claims of Innocence in Capital Cases (July 23, 1993) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.utah.edu/faculty/bios/cassell/TESThousehearing.htm>.
9. Alarcon A., Mitchell P. Executing the Will of the Voters?: A Roadmap to Mend or End the California Legislature's Multi-Billion-Dollar Death Penalty Debacle // Loyola of Los Angeles Law Review. – 2011. – № 44. – Р. 71.

СПЕЦІАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ¹

Призначення покарання, будучи різновидом (етапом) застосування кримінального законодавства і реалізацією кримінальної відповідальності, потребує належної правової регламентації з тим, щоб злочинці несли за вчинене заслужене покарання, а відповідна діяльність суду була по можливості позбавлена суб'єктивізму і не перетворювалась на свавілля. Призначення незаконних і несправедливих покарань не лише ускладнює або унеможливорює досягнення вказаних у ч. 2 ст. 50 КК України цілей покарання, а і підриває авторитет правосуддя, призводить до скасування або зміни вироків, порушує права та свободи людини. Реалізація норм про призначення покарання обґрунтовано визнається квінтесенцією судового процесу і вироку, кульмінаційним моментом розгляду кримінальної справи в суді, однією з найбільш складних і відповідальних проблем правозастосування, найвідповідальнішим етапом у боротьбі зі злочинністю. За результатами розгляду кримінальної справи і покаранням, призначеним судом, формується громадська думка про правосуддя [1]. Помилки, які трапляються при призначенні покарання, поряд з іншими факторами послаблюють боротьбу зі злочинністю, дискредитують правоохоронну і судову діяльність, всю державну владу [2].

Найбільш вагомим внеском у розроблення проблематики призначення покарання є праці, зокрема, таких українських науковців, як В.В. Антипов, В.І. Антипов, В.М. Білоконєв, О.В. Євдокімова, Т.І. Іванюк (Нікіфорова), Н.В. Марченко, А.А. Музика, О.П. Горох, В.В. Полтавець, Ю.А. Пономаренко, Т.В. Сахарук, Н.А. Сторчак, В.І. Тютюгін, І.М. Федорчук, С.Д. Шапченко.

Важливою складовою інституту призначення покарання є спеціальні засади призначення покарання, які, на відміну від закріплених у ст. 65 КК України загальних засад, підлягають застосуванню не в кожному випадку призначення покарання, а тільки у визначених кримінальним законом ситуаціях. Такі правила доповнюють (розвивають) загальні засади призначення покарання, застосовуються в сукупності з останніми і при цьому покликані забезпечувати індивідуалізацію покарання залежно від специфіки злочинної або посткримінальної поведінки чи особливостей особи винного.

До спеціальних засад належать правила: призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною (ч. 2 ст. 20 КК); призначення покарання особі, яка вчинила злочин під час виконання спеціального завдання з попередження або розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК); призначення покарання особі, яка вчинила незакінчений злочин або злочин у співучасті (ст. 68 КК); призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК); призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК); призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків (ст. 70, ст. 71 КК); призначення покарання неповнолітньому (ст. 103 КК).

На думку В.В. Полтавець, закріплені в ст. 69 КК правила не слід відносити до спеціальних засад призначення покарання, оскільки вони не відображають особливості певного кримінально-правового інституту, пов'язані з його меншою або більшою суспільною небезпекою. «Ця стаття встановлює лише винятки з загальної засади, передбаченої в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК» [3]. Запропоноване вище розуміння спеціальних засад призначення покарання дозволяє вважати такими засадами, зокрема, правила, закріплені в ст. 69 КК. Крім цього, ст. 70 і ст. 71 КК також є винятками із загальної засади, згідно з якою покарання має призначатись у межах, встановлених у санкції норми Особливої частини КК, що не перешкоджає В.В. Полтавець відносити правила призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків до спеціальних засад призначення покарання.

До пов'язаних із спеціальними засадами призначення покарання питань, які є дискусійними у нашій юридичній літературі, варто віднести, зокрема, питання про: характер впливу стану обмеженої осудності особи на призначення покарання; обґрунтованість того варіанту формалізації призначення покарання за незакінчений злочин, який знайшов відображення у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, і можливість застосування цих законодавчих положень щодо додаткових покарань, а так само щодо злочинів, за які може призначатись довічне позбавлення волі, злочинів, вчинених неповнолітніми, і злочинів з усіченим складом; співвідношення законодавчих положень про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, та призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання; можливість застосування ст. 69 КК щодо альтернативних санкцій, а ст. 69-1 КК – за наявності факультативних обтяжуючих обставин і хоча б однієї відповідної пом'якшуючої обставини; максимальні межі покарання, що призначається за сукупністю незакінчених злочинів; обрання того чи іншого принципу призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів. Висвітленню проблемних аспектів тлумачення і застосування спеціальних засад призначення покарання і присвячено цю статтю.

Призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною. Альтернатива «осудність – неосудність», закріплена в КК України 1960 р., призводила до того, що особи з психічними розладами, які не охоплюються медичним критерієм неосудності (тяжкі форми психопатій, розумова відсталість, хворобливі потяги, розлади особистості і поведінки в зрілому віці тощо), у плані кримінальної відповідальності несправедливо прирівнювались до психічно здорових осіб. Закріплення категорії обмеженої осудності на законодавчому

1 Стаття опублікована: Слово Національної школи суддів України. – 2012. – № 1. – С. 121–135; 2013. – № 1 (2). – С. 67–83.

рівні сприяє диференціації ознак окремих психічних розладів, більш точному діагнозу суміжних психічних станів людини, поліпшенню взаємодії юристів, психологів і психіатрів у виробленні індивідуального підходу до оцінки злочину, вчиненого осудним суб'єктом із психічними аномаліями. Вважається, що відсутність у попередньому КК поняття обмеженої осудності не дозволяла повною мірою здійснювати індивідуалізацію покарання тоді, як кількість відповідних розладів психічної діяльності в сучасному суспільстві внаслідок напруженості і невизначеності повсякденного життя постійно зростає. Вказавши в ч. 2 ст. 20 чинного КК на те, що визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання, законодавець не уточнює характер впливу стану обмеженої осудності на обрання конкретної міри покарання і, таким чином, віддає вирішення цього питання на розсуд суду.

Передусім зазначу, що покарання, яке призначається обмежено осудному, за рівності інших умов не може бути більш суворим, ніж покарання, яке призначається психічно здоровій особі. За жодних обставин обмежена осудність не може бути витлумачена як обставина, яка обтяжує покарання. Це випливає з ч. 3 ст. 67 КК, відповідно до якої суд при призначенні покарання не може визнати такою, що обтяжує покарання, обставину, не вказану в ч. 1 цієї статті. Існують, щоправда, психічні аномалії, які свідчать не про понижену, а, навпаки, про підвищену суспільну небезпеку особи (наприклад, різноманітні сексуальні перверзії – педофілія, корофілія, некрофілія тощо), які не схвалюються суспільством та які вказують на доречність більш ретельного контролю за своєю поведінкою з боку такого незвичного суб'єкта. Показовою у зв'язку з цим є пропозиція С.Ф. Мілюкова уточнити в КК РФ, що психічний розлад, який не виключає осудності, залежно від впливу на характер і ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного може враховуватись як обставина, що пом'якшує або обтяжує покарання [4]. Щоправда, така пропозиція може заслуговувати на схвалення лише за умови відповідного уточнення ст. 63 КК РФ, яка закріплює вичерпний перелік обставин, що обтяжують покарання.

За чинним КК України стан обмеженої осудності, за якого особа під час вчинення злочину через наявний у неї психічний розлад не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними, може бути врахований при призначенні покарання або як обставина, що характеризує особу винного (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК), або як обставина, що пом'якшує покарання. Незважаючи на відсутність вказівки на обмежену осудність у наведеному у ч. 1 ст. 66 КК переліку, суд на підставі ч. 2 цієї статті вправі визнати пом'якшуючою покарання обставиною у тому числі стан обмеженої осудності особи. На користь цього вказує те, що в ч. 1 ст. 66 КК фігурують деякі обставини, пов'язані з аномальністю психіки винної особи (стан вагітності, стан сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого). В абз. 2 п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» правильною названо практику тих судів, які, визнавши, що злочин вчинено в стані обмеженої осудності, ухвалювали обвинувальний вирок і при призначенні особі покарання враховували її психічний стан саме як пом'якшуючу покарання обставину.

Судячи з ч. 2 ст. 20 КК, яка насправді виключає будь-яку імперативність з питання про кримінально-правові наслідки обмеженої осудності, цей стан при призначенні покарання самодостатнього значення не має і повинен враховуватись судом в сукупності з іншими обставинами, які характеризують вчинений злочин та особу винного. При цьому необхідно встановлювати наявність і характер впливу стану обмеженої осудності особи на вчинений нею злочин. Річ у тім, що психічні розлади, які утворюють медичний критерій обмеженої осудності, можуть бути юридично нейтральними у тому сенсі, що не справляють впливу на суспільну небезпеку конкретного злочину, у зв'язку з чим пом'якшення покарання особам із такими розладами на підставі ч. 2 ст. 20 КК буде несправедливим і необґрунтованим.

Так, недоречно вести мову про пом'якшення покарання психопату збудженого кола, поведінці якого взагалі-то притаманні конфліктність, дратівливість і підвищена агресивність, якщо така особа вчинила добре спланований злочин (наприклад, крадіжку чужого майна з проникненням у житло). Патологія статевого потягу, знижуючи інтелектуально-вольові здібності винного, звичайно, може вплинути на суспільну небезпеку вчиненого злочину проти здоров'я чи статевої свободи особи, однак навряд чи повинна братись до уваги при обранні міри покарання за вчинений таким аномальним суб'єктом злочин у сфері службової діяльності. Як повідомляє В.М. Бурдін, окремі суди, призначаючи покарання обмежено осудним, визнають, що стан обмеженої осудності має нейтральне значення і на обрання конкретної міри покарання не впливає [5].

З огляду на викладене, складно погодитись із позицією тих вітчизняних авторів, які наполягають на обов'язковості пом'якшення покарання, що призначається обмежено осудним особам [6], і водночас слід підтримати тих науковців, які обстоюють положення про факультативність пом'якшення покарання в розглядуваній ситуації [7].

Вплив стану обмеженої осудності на покарання, яке призначається особі з відповідним психічним розладом, у КК України варто конкретизувати. Для цього в ч. 2 ст. 20 КК замість позбавленого визначеності положення про врахування обмеженої осудності при призначенні покарання необхідно закріпити право суду пом'якшувати покарання обмежено осудній особі за умови встановлення впливу відповідного психічного

розладу на вчинений злочин. У будь-якому разі призначення покарання за наявності обмеженої осудності не слід пов'язувати із вживанням особою алкоголю, наркотичних та інших одурманюючих речовин, оскільки з юридичної точки зору у випадку вчинення злочину в стані сп'яніння особа не може розраховувати на визнання її обмежено осудною.

Призначення покарання особі, яка вчинила злочин при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності. Судячи зі ст. 43 і п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації (далі – виконання спеціального завдання) є обставиною, яка, по-перше, виключає злочинність діяння, і, по-друге, пом'якшує покарання. З одного боку, ч. 2 ст. 43 КК виправдано виходить з того, що інтереси боротьби з організованою злочинністю не можуть слугувати виправданням посягань на життя інших людей, спричинення тяжких наслідків для їх здоров'я, адже людина, її життя і здоров'я визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 4 Конституції України). З іншого боку, законодавчу регламентацію виконання спеціального завдання як обставини, що виключає злочинність діяння, є підстави визнати певною мірою непослідовною. Якщо з урахуванням ч. 4 ст. 28 КК злочинна організація створюється з метою вчинення саме і тільки тяжких та особливо тяжких злочинів, то цілком очевидно, що особа, яка виконує спеціальне завдання з викриття такої організації, вимушена буде вчиняти злочини вказаної тяжкості. Звідси – неминучість призначення цій собі покарання, хай і пом'якшеного. Щоправда, при оцінці правомірності шкоди, заподіяної під час виконання спеціального завдання, не виключається звернення до законодавчих положень про інші обставини, що виключають злочинність діяння, зокрема, про необхідну оборону і крайню необхідність.

Розглядуване пом'якшення покарання здійснюється в тому разі, коли має місце перевищення меж (ексцес) виконання спеціального завдання, що виражається у вчиненні відповідного умисного злочину – особливо тяжкого злочину, поєднаного з насильством над потерпілим (наприклад, ст. 112, ст. 113, ст. 115, ч. 3 і ч. 4 ст. 152, ч. 3 і ч. 4 ст. 187 КК), або тяжкого злочину, пов'язаного із спричиненням потерпілому тяжкого тілесного ушкодження або настанням інших тяжких чи особливо тяжких наслідків (зокрема, ст. 121, ч. 2 ст. 127, ч. 3 ст. 146, ч. 3 ст. 206 КК). Якщо з дотриманням умов правомірності виконання спеціального завдання вчиняється діяння, яке з зовнішнього боку нагадує злочин, не вказаний у ч. 2 ст. 43 КК (наприклад, особливо тяжкий злочин, не поєднаний з насильством над потерпілим, або будь-який необережний злочин), кримінальна відповідальність особи виключається. Як наслідок, про пом'якшення покарання за поведінку, яка законодавцем не визнається кримінально караною, говорити не доводиться.

Таким чином, належність закріплених у чинному КК України правил призначення покарання особам, які виконують спеціальні завдання, до спеціальних засад призначення покарання зумовлена як обмеженням кола злочинів, за вчинення яких у цьому разі призначається покарання, так і необхідністю встановлення переважної більшості умов правомірності заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам при виконанні спеціального завдання.

Згідно з п. 9 ч. 1 ст. 66 КК до обставин, які пом'якшують покарання, віднесено виконання спеціального завдання, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених КК. В юридичній літературі зазвичай вказується на те, що п. 9 ч. 1 ст. 66 КК кореспондує приписам, закріпленим у ст. 43 КК. Специфіка обставини, передбаченої п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, порівняно з іншими обставинами, які пом'якшують покарання, вбачається в тому, що її наявність тягне за собою фіксовані кримінально-правові наслідки у вигляді обмеження максимальної міри покарання. Відповідно до ч. 3 ст. 43 КК особа, яка перевищила межі виконання спеціального завдання і вчинила відповідний злочин, не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин.

Законодавець у ч. 3 ст. 43 КК не визначає мінімальну межу покарання у виді позбавлення волі на певний строк, звідки, на мою думку, випливає, що суд, призначаючи покарання за ексцес виконання спеціального завдання, не вправі виходити за мінімальну межу, встановлену відповідною санкцією. У будь-якому разі, обираючи конкретну міру покарання, «суд не повинен повторно враховувати передбачену в п. 9 ч. 1 ст. 66 обставину як таку, що пом'якшує покарання» [8].

Взагалі за наявності ч. 3 ст. 43 КК, яка фіксує певні межі караності злочину, вчиненого при виконанні спеціального завдання, справжньої потреби у виокремленні обставини, закріпленої наразі в п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, немає. Її існування не було б позбавлене логіки, якби перевищення меж виконання спеціального завдання тягнуло за собою кримінальну відповідальність і в інших, крім вказаних у ч. 2 ст. 43 КК України, випадках. Тому заслуговує на підтримку пропозиція виключити з ч. 1 ст. 66 КК п. 9 [9].

Натомість С.В. Пархоменко висловлюється за те, щоб включити до КК РФ статтю про заподіяння шкоди при виконанні спеціального завдання як окрему обставину, що виключає злочинність діяння (змістовно новела значною мірою нагадує ст. 43 КК України), і, крім цього, вказати в переліку обставин, що пом'якшують покаран-

ня (ст. 61 КК РФ), на вчинення злочину при порушенні умов правомірності виконання спеціального завдання [10]. Фактично російська авторка пропонує відтворити нелогічність, допущену вітчизняним законодавцем.

Правило, закріплене в ч. 3 ст. 43 КК України, за своєю юридичною природою стосується призначення покарання, у зв'язку з чим місце йому – у розділі XI Загальної частини КК. А в ст. 43 КК, яка регламентує виконання спеціального завдання як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, достатньо обмежитись відповідною відсильною нормою.

Призначення покарання особі, яка вчинила незакінчений злочин. Особливості призначення покарання за незакінчений злочин закріплені в ст. 68 КК України. Згідно з ч. 1 цієї статті при призначенні покарання за незакінчений злочин суд, крім передбачених статтями 65–67 КК загальних засад призначення покарання, повинен враховувати ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, унаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Частини 2 і 3 ст. 68 КК, конкретизуючи вплив названих чинників на обрання міри покарання та обмежуючи певною мірою суддівський розсуд, покладають на суд обов'язок знижувати максимальне покарання за незакінчений злочин. Встановлено, що за готування до злочину та замах на нього строк або розмір покарання не може перевищувати, відповідно, половини і двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Як бачимо, законодавець врешті-решт відмовився від принципу однакової караності закінченого і незакінченого злочинів.

Необхідність додаткового врахування ступеня тяжкості вчиненого діяння при призначенні покарання за незакінчений злочин зумовлена тим, що суспільна небезпека такого злочину навіть у межах одного його виду може істотно відрізнитись залежно від того, чи спричинено фактично шкоду охоронюваним КК відносинам, а також від характеру і розміру цієї шкоди. Так, у результаті замаху на вбивство потерпілому можуть бути заподіяні тілесні ушкодження – від легких до тяжких, а може статися так, що він залишиться неушкодженим; особа, яка має намір вчинити крадіжку в особливо великих розмірах, може поки що не встигнути здійснити таємне заволодіння чужим майном на будь-яку суму, а може викрасти майно лише у дрібних чи великих розмірах тощо. Фактичне заподіяння шкоди та її параметри, не впливаючи в названих і подібних випадках на кваліфікацію готування до злочину або замаху на нього, повинні братись до уваги при призначенні покарання як показники ступеня тяжкості вчиненого незакінченого злочину. Отже, вказівку в ч. 1 ст. 68 КК на ступінь тяжкості вчиненого особою діяння немає підстав визнавати надмірною. До речі, ст. 14 КК УСРР 1922 р. прямо передбачала право суду враховувати при призначенні покарання за замах на злочин відсутність або незначність шкідливих наслідків цього замаху. Вказане право пов'язувалося у тогочасній юридичній літературі із пом'якшенням покарання за замах на злочин [11]. Разом з тим термінологічна відмінність, допущена в п. 3 ч. 1 ст. 65 і ч. 1 ст. 68 чинного КК, є невиправданою. Тому заслуговує на підтримку пропозиція Н.В. Маслак замінити в ч. 1 ст. 68 КК формулювання «ступінь тяжкості вчиненого особою діяння» зворотом «ступінь тяжкості злочину, до якого особа готувалася, або на вчинення якого вона замахувалася» [12].

Ступінь здійснення злочинного наміру як ще один додатковий чинник, що підлягає врахуванню при призначенні покарання за незакінчений злочин, як слушно зазначає С.Д. Шапченко, «відображає співвідношення фактично вчиненого особою діяння із змістом чи (та) обсягом всіх діянь, яку вона мала намір здійснити для вчинення відповідного закінченого злочину» [13]. Йдеться про з'ясування і, відповідно, врахування, зокрема, того, вчинила особа готування до злочину або замах на нього, який вид замаху (закінчений або незакінчений) мав місце, яку кількість та які за змістом підготовчі діяння вчинила особа, умисно створюючи умови для вчинення злочину, якої кількості та яких саме ознак складу конкретного злочину бракує у випадку вчинення того чи іншого замаху.

Причини, унаслідок яких злочин не було доведено до кінця, – це, як відомо, різноманітні обставини об'єктивного і суб'єктивного характеру, які однак не залежать від волі винного. Цікаво, що в літературі саме в контексті призначення покарання за незакінчений злочин висувається пропозиція закріпити в кримінальному законі хоча б приблизний перелік таких обставин [14]. Врахування відповідних причин при призначенні покарання за незакінчений злочин дозволяє суду зробити висновок про більшу або меншу (як, наприклад, при непридатному замаху) суспільну небезпеку вчиненого діяння або особи винного. Чим більша кількість обставин у конкретному випадку зумовила недоведення злочину до кінця, тим, вочевидь, більш суворе покарання має призначатись за незакінчений злочин. Оскільки готуванню та замаху завжди притаманна вимушеність недоведення злочину до кінця, теза про обов'язковість пом'якшення покарання за наявності відповідних обставин суб'єктивного характеру (або, інакше кажучи, особистісних обставин на кшталт відсутності у злочинця певних навичок) видається небезспірною.

За всієї аксіоматичності тези про те, що незакінчений злочин поступається за суспільною небезпекою закінченому злочину, а отже, повинен каратись менш суворо, не можна сказати, що запровадження в законодавчому порядку положення про обов'язковість (а не факультативність, як раніше) пом'якшення покарання за незакінчений злочин дістало однозначне схвалення в юридичній літературі. Інколи стверджується,

що такий підхід законодавця, який не враховує ні тяжкості вчиненого злочину (а це може бути і замах на вбивство за обтяжуючих обставин із надзвичайно тяжкими для потерпілого наслідками), ні причин, завдяки яким злочин не було доведено до кінця, надзвичайно спрощує і певним чином навіть необґрунтовано формалізує вирішення питання про обрання міри покарання тому, хто вчинив незакінчений злочин [15]. Думка не нова: свого часу на те, що вимога обов'язкового пом'якшення покарання за незакінчений злочин інколи суперечить максимальній індивідуалізації покарання залежно від тяжкості злочину та особи винного, вказував І.С. Тишкевич. Вчений писав, що необхідність такої індивідуалізації може вимагати в деяких виняткових випадках призначення за незакінчений злочин такого ж покарання, як і за закінчений злочин [16]. Здійснена в 2008 р. зміна меж караності незакінченого злочину не позбавлена вад, однак їх усунення не обов'язково має набувати вигляду повернення до права суду пом'якшувати покарання за незакінчений злочин (хай навіть і в межах, визначених у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК).

При окресленні верхньої межі покарання за відповідний незакінчений злочин у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України вказується на строк і розмір тільки найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією норми Особливої частини КК. Таким чином, якщо санкція норми КК є альтернативною, інші вказані в ній покарання можуть призначатись судом за готування до злочину або замах на нього формально без будь-яких обмежень з урахуванням, щоправда, тих чинників, які закріплені в ч. 1 ст. 68 КК і стисло охарактеризовані вище. Займає таку позицію і Пленум ВСУ – про це йдеться в п. 6-3 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 із змінами «Про практику призначення судами кримінального покарання» (далі – постанова Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7). Однак якщо вже рухатись шляхом обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання за незакінчений злочин, то логічним було б запровадити положення про обов'язкове кратне зниження верхньої межі будь-якого основного покарання, передбаченого альтернативною санкцією, у випадку призначення покарання за готування чи замах. Певним орієнтиром тут могла б слугувати ст. 62 КК Іспанії, згідно з якою замах на злочин карається нижче на один або два ступені, ніж передбачено за вчинення цього злочину, з урахуванням небезпеки правопорушника, спрямованості умислу і ступеня завершеності діяння.

З огляду на те, що передбачений санкцією найбільш суворий вид покарання може не підлягати застосуванню щодо конкретної особи, яка вчинила незакінчений злочин, у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК мова повинна була б йти про максимальний строк чи розмір найбільш суворого виду покарання, яке може бути призначене винному.

У результаті виконання правил, закріплених у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, нерідко виникає досить парадоксальна ситуація, за якої максимальний строк або розмір найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією норми Особливої частини КК, дорівнює або навіть є меншим, ніж мінімальна межа, встановлена для цього покарання тією чи іншою санкцією. Наприклад, у разі призначення покарання за готування до грабежу, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК, максимальний строк покарання становить 3 роки позбавлення волі в той час, як мінімальна межа цього покарання, визначена санкцією названої норми, дорівнює 4 рокам позбавлення волі.

Зазначений вихід за межі санкцій конкретних норм Особливої частини КК посилення на ст. 69 КК «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом» не потребує, оскільки в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК встановлені самостійні правила призначення покарання, що носять імперативний характер. У будь-якому разі максимальний строк або розмір найбільш суворого покарання, що призначається за незакінчений злочин, не може бути меншим за мінімальну межу, встановлену для відповідного виду покарання Загальною частиною КК. «...інше рішення суперечило б як загальним засадам призначення покарання (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК), так і нормам, що встановлюють мінімальні межі видів покарань (статті 53, 55–63 КК)» [17]. Отже, у випадку застосування ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК призначення покарання може поєднуватись із виходом за межі, встановлені санкцією норми Особливої частини КК, що можна розцінювати як черговий виняток із загальної засади призначення покарання, вказаної в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК.

Якщо максимальний строк позбавлення волі вдвічі перевищує мінімальний строк цього покарання, і в санкції не передбачено інших основних покарань, дотримання ч. 2 ст. 68 КК призводить до того, що санкція з відносно-визначеної фактично перетворюється в абсолютно-визначену. Так, за замах на грабіж, передбачений ч. 2 ст. 186 КК, винному має призначатись покарання у виді позбавлення волі на строк від чотирьох до чотирьох років. Не викликає сумнівів, що подібні правові ситуації, зумовлені неузгодженістю ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК із санкціями норм Особливої частини КК, не мають нічого спільного з індивідуалізацією покарання, нівелюють значення загальних засад призначення покарання.

Водночас проведене М.І. Хавронюком дослідження показало, що особливих проблем не виникає з призначенням за готування до злочину і замах на нього покарання у виді виправних робіт, арешту, обмеження волі, службового обмеження для військовослужбовців, тримання в дисциплінарному батальйоні, а також громадських робіт для дорослих засуджених [18]. Усунення вказаних вище парадоксальних ситуацій можливе або шляхом вдосконалення санкцій («підлаштування» їх під правила призначення покарання, закріплені в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК), або шляхом включення в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК положення про відповідне кратне зниження не лише максимального, а і мінімального строку чи розміру принаймні найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією.

Із ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК випливає, що ці законодавчі положення застосовуються лише щодо тих покарань, які можуть мати строк (позбавлення волі на певний строк, виправні роботи тощо) або розмір (наприклад, штраф). Ні довічне позбавлення волі, ні позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу не мають визначених законодавцем меж, носять безстроковий (невизначений за строком і розміром) характер, що унеможливило встановлення судом величини, яка дорівнює половині або двом третинам максимальних строків (розмірів) цих покарань. М.І. Хавронюк іронізує: «На загадку про те, як більш-менш точно поділити навпіл довічне позбавлення волі, існує лише одна правильна відповідь: кожні 24 години випускати засудженого на волю і кожні 24 години знову поміщувати його до в'язниці» [19].

Отже, якщо санкція норми КК як найбільш суворий вид покарання передбачає довічне позбавлення волі, закріплені в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК правила застосовуватись не можуть. У зв'язку з цим складно погодитись із твердженням про те, що законодавець не дає відповіді на питання, як має призначатись покарання за готування до злочину або замах на нього, якщо найбільш суворим видом покарання виступає довічне позбавлення волі [20]. Законодавець відповідь дає, і вже інша справа, чи влаштовує нас ця відповідь.

У літературі з цього приводу висловлено думку про те, що при призначенні покарання за готування чи замах на злочин, за який передбачено покарання у виді довічного позбавлення волі, найбільш суворим видом покарання, про який згадується в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, слід вважати позбавлення волі на певний строк [21]. Наведена позиція, не дивлячись на її привабливість, не ґрунтується на чинному КК, адже формально в розглядуваній ситуації найбільш суворим видом покарання все ж є таке, що не має меж, довічне позбавлення волі, а не позбавлення волі на певний строк. Та обставина, що суди фактично не призначають довічне позбавлення волі за готування та замах на злочини, передбачені ст. 112, ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 258, ст. 348, ст. 379, ст. 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ч. 2 ст. 439, ч. 1 ст. 442, ст. 443 КК, слугує хіба що аргументом на користь внесення змін до КК, однак навряд чи може братись до уваги при його тлумаченні. На сьогодні в Україні за замах на умисне вбивство за обтяжуючих обставин та інші відповідні незакінчені злочини суд може призначити і довічне позбавлення волі.

Для порівняння: ст. 63.4 КК Азербайджану, ч. 4 ст. 65 КК Вірменії, ч. 4 ст. 56 КК Грузії, ч. 4 ст. 56 КК Казахстану, ч. 4 ст. 81 КК Молдови, ч. 4 ст. 66 КК РФ містять пряму заборону призначати довічне позбавлення волі за незакінчений злочин. Водночас кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн (наприклад, ст. 54, ст. 58 КК Болгарії, ст. 38 КК Польщі) передбачає, що при призначенні покарання за незакінчений злочин довічне позбавлення волі підлягає заміні на позбавлення волі на певний строк. Подібне положення варто закріпити і в нашому КК. Так, Л.С. Щутяк пропонує включити в ст. 68 КК України норму, згідно з якою у випадку якщо санкція статті (частини статті) Особливої частини КК передбачає довічне позбавлення волі, строк позбавлення волі за замах на злочин, передбачений цією статтею (частиною статті), не повинен перевищувати двадцяти п'яти років [22].

Висловлю припущення, що український законодавець у 2008 р. цілком усвідомлено висловився не за обов'язковість, а за факультативність пом'якшення покарання за готування і замах, якщо відповідний закінчений злочин належить до числа особливо тяжких і за його вчинення передбачається можливість призначення покарання у виді довічного позбавлення волі. Право держави визначати, хто із порушників кримінально-правових заборон вправі розраховувати на гуманне ставлення і в чому таке ставлення полягатиме.

Вельми показовою в цьому контексті є позиція В.П. Малкова. Дослідник пропонує доповнити ст. 66 КК РФ застереженням про те, що у випадку замаху на вбивство, який спричинив особливо тяжку шкоду для здоров'я потерпілого, має призначатись таке саме покарання, як за закінчене вбивство. Необхідність цього застереження пояснюється тим, що обов'язкове пом'якшення покарання за вказаний замах не відповідатиме суспільній небезпеці вчиненого, внаслідок чого людина виведена зі сфери соціального життя як член суспільства, буде несправедливим з точки зору потерпілого, його близьких і суспільства [23].

З огляду на сказане, заслуговує на підтримку позиція Пленуму ВСУ, який в абз. 2 п. 6-1 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 роз'яснив, що правила, закріплені в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, не можуть бути застосовані до того, хто вчинив злочин, за який довічне позбавлення волі передбачено як найбільш суворий вид покарання. Адже цей вид покарання є таким, що виключає можливість визначення його половини чи двох третин. Разом з тим Пленум ВСУ, доречно використавши системне тлумачення закону, зробив обґрунтований висновок про те, що до осіб, яким не може бути призначене довічне позбавлення волі (перелік таких осіб закріплений у ч. 2 ст. 64 КК), вимоги ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК мають застосовуватись, виходячи з максимального покарання у виді позбавлення волі на певний строк.

Якщо законодавець вважає за доречне зменшувати максимальну межу основного покарання, що призначається за незакінчений злочин, то такий підхід, вочевидь, міг би бути поширений і на додаткові покарання. На сьогодні ні КК, ні Пленум ВСУ не дають чіткої відповіді на питання, чи підлягає відповідному зниженню (поряд з основним покаранням) максимальний строк (розмір) додаткового покарання, що призначається за готування до злочину або замах на нього. З одного боку, у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК не уточнено, найбільш суворий

вид якого саме (основного чи додаткового) покарання тут мається на увазі. З іншого боку, місце додаткових покарань, які мають розмір чи строк (це штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю), у визначеній ст. 51 КК України «драбині» покарань фактично унеможливорює визнання їх найбільш суворим видом покарання, передбаченого нормою Особливої частини КК.

Отже, з точки зору чинного КК України положення про обов'язкове зниження максимальної межі стосується лише найбільш суворого основного покарання і не береться до уваги при призначенні додаткового покарання за незакінчений злочин.

Ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК не містять застережень щодо призначення покарання за злочини з усіченим складом. В юридичній літературі інколи стверджується, що закріплене в ч. 2 ст. 68 КК правило не застосовується щодо діянь, які за своїм загальним кримінально-правовим змістом є підготовчими, однак у статтях Особливої частини КК передбачені як ознаки складів закінчених злочинів (наприклад, ч. 1 ст. 109, ч. 1 ст. 255 КК) [24]. Тут доречно нагадати, що в проекті постанови Пленуму ВСУ від 12 червня 2009 р. № 8 «Про внесення змін та доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» зазначалось, що в тому випадку, коли диспозицією статті (частини статті) Особливої частини КК передбачено відповідальність за замах на злочин (маються на увазі, зокрема, ст. ст. 348, 379, 400, 443 КК), покарання призначається без урахування ч. 3 ст. 68 КК. Однак у текст ухваленної остаточно постанови наведене роз'яснення, на жаль, не потрапило.

Викладена вище позиція справедливо ґрунтується на тому, що одним із призначень злочину з усіченим складом як специфічної законодавчої конструкції є виключення пом'якшення покарання за кримінально карані посягання, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Водночас зрозуміло, що формулювання ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК не враховують особливостей злочинів з усіченим складом, а тому потребують відповідного уточнення.

При призначенні покарання за незакінчений злочин, вчинений неповнолітнім, повинні братись до уваги положення розділу XV Загальної частини КК України. Виокремивши цей розділ, законодавець у такий спосіб, зокрема, дав зрозуміти, що покарання неповнолітнім завжди має призначатись з урахуванням певних особливостей. Щодо призначення покарання за готування до злочину чи замах на нього, то врахування особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх полягає в тому, що, застосовуючи положення ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, треба виходити з максимальних строків або розмірів покарань, встановлених не санкціями відповідних норм Особливої частини КК, а статтями 99–102 КК. Останні, як відомо, закріплюють знижені максимальні межі конкретних видів покарань. Виправданість такого «подвійного» пом'якшення покарання пояснюється тим, що в аналізованій ситуації спостерігається поєднання різнопланових чинників – менша суспільна небезпека незакінченого злочину та викликана психологічною і соціальною незрілістю правопорушника потреба в більш виважені, гуманному ставленні до нього.

Системний аналіз положень Загальної частини КК дозволяє зробити висновок про те, що за наявності підстав для одночасного застосування спеціальних правил призначення покарання, передбачених ч. 3 ст. 43, ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, половину або дві третини від максимального строку найбільш суворого виду покарання слід обраховувати, виходячи з половини максимального строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за злочин, вчинений при виконанні спеціального завдання. Наприклад, покарання за замах на умисне тяжке тілесне ушкодження як за ексцес виконання спеціального завдання не може бути більшим, ніж дві третини від чотирьох років позбавлення волі – половини максимального строку цього покарання, передбаченого санкцією ч. 1 ст. 121 КК.

Викладена позиція є результатом доктринального тлумачення КК, якому не відома ієрархія норм про зниження покарання за наявності підстав для одночасного їх застосування. При цьому в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК закріплюється «прив'язка» до максимального покарання, передбаченого саме санкцією статті (частини статті) КК, а не до якогось іншого показника (у тому числі до згаданої в ч. 3 ст. 43 КК половини максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за певний злочин). Це дозволяє К.П. Задої стверджувати, що розглядувана ситуація є підставою для вибору однієї з двох правових норм – ч. 2 (ч. 3) ст. 68 або ч. 3 ст. 43 КК, а не для їх одночасного застосування [25].

Правила, відображені в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, підлягають застосуванню при призначенні покарання за одиничний незакінчений злочин і, звичайно, не виключають звернення до вказаних у ст. 70 КК правил призначення покарання за сукупністю злочинів, у тому числі незакінчених злочинів. Якщо у сукупність злочинів входить і закінчений злочин, остаточне покарання відповідно до ч. 2 ст. 70 КК, за загальним правилом, має призначатись у межах, визначених санкцією норми Особливої частини КК, яка передбачає покарання за відповідний закінчений злочин.

Окремі вітчизняні науковці звертають увагу на те, що ч. 2 ст. 70 КК України не містить застережень стосовно строку покарання, остаточно визначеного шляхом складання покарань за сукупністю незакінчених злочи-

нів. Звідси робиться висновок, що якщо особа вчинила кілька незакінчених злочинів, остаточне покарання, призначене за їх сукупністю шляхом складання, має визначатись у межах, встановлених санкцією норми Особливої частини КК [26].

На мою думку, якщо має місце сукупність саме і тільки незакінчених злочинів, при обранні міри покарання повинен братись до уваги визначений з урахуванням ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК максимальний строк чи розмір найбільш суворого виду покарання, передбаченого за найбільш тяжкий із вчинених незакінчених злочинів. До речі, подібним чином вирішується ця проблема в судовій практиці РФ [27]. Бажано внести ясність з цього питання призначення покарання на законодавчому рівні.

Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Вважається, що в кримінальному законі за його формальної визначеності не можуть бути враховані всі індивідуальні особливості конкретного злочину та особи винного. Призначення покарання без урахування цих особливостей призводило б до формалізму у застосуванні кримінального закону та невиправданого посилення кримінально-правової репресії. Як зазначає М.І. Ковальов, світова кримінально-правова наука поки що не створила теорію санкцій, яка б універсальним чином пасувала до всіх розглядуваних справ [28]. Одним із нормативних приписів, покликаних забезпечувати індивідуалізацію покарання, є ст. 69 КК України, відповідно до якої суд при призначенні покарання за злочин будь-якої тяжкості має право вийти за межі санкції конкретної норми Особливої частини КК та обрати більш м'яку, ніж передбачена цією санкцією, міру покарання. У будь-якому разі такий вихід за межі санкції ґрунтується на вимогах чинного кримінального закону, у зв'язку з чим назву ст. 69 КК «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом» варто визнати умовною і загалом неточною.

Іншу назву має аналог ст. 69 КК України у КК РФ – ст. 64 цього Кодексу «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено за цей злочин». Однак і таку назву, вочевидь, немає підстав визнавати вдалою, позаяк у літературі її пропонується уточнити, вказавши на призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено в статті Особливої частини КК [29].

У деяких країнах питання про призначення покарання, що є нижчим від найнижчої межі, не виникає через відсутність останньої в санкціях норм Особливої частини КК. Відповідно, суддя, призначаючи покарання, пов'язаний лише максимальною межею санкції. Це, зокрема, Англія, Андорра, Данія, Індія, Корея, Нідерланди, Норвегія, Франція [30].

На підставі Федерального закону РФ від 7 березня 2011 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу РФ», спрямованого на подальшу лібералізацію кримінального законодавства, були скасовані нижні межі санкцій у вигляді позбавлення волі як покарання за 68 складів злочинів, у вигляді виправних робіт та арешту – за 118 складів злочинів. Як дотепно висловлюється В.О. Навроцький, рішення російського законодавця у нас дуже люблять «мавпувати» з відповідним часовим лагом. У зв'язку з цим вважаю за доречне навести висловлювання В.М. Степашина про те, що вказаний законодавчий крок у багатьох випадках призводить до неможливості врахування при призначенні покарання виняткових обставин (ст. 64 КК РФ). Як наслідок, ця стаття втрачає характер норми, що стимулює законслухняну постзлочинну поведінку осіб, які вчиняють злочинні діяння [31].

Ст. 69 КК України є лише однією з норм, які дозволяють призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено санкцією норми Особливої частини КК. У зв'язку з цим норми, що регламентують призначення менш суворого покарання, ніж передбачено санкцією (крім ст. 69, це ч. 2 і ч. 3 ст. 5, ч. 3 ст. 43, ч. 2 ст. 55, ч. 2 ст. 59, ст. 77, ч. 2 ст. 98 КК), пропонується об'єднувати (у межах інституту призначення покарання) у самостійний кримінально-правовий субінститут, у межах якого саме ст. 69 КК як універсальний припис відіграє ключову роль [32]. У наведений перелік варто включити і ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК.

Взагалі винятки із загальної засади призначення покарання, закріпленої в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, не слід зводити до ситуацій призначення більш м'якого або більш суворого покарання на підставі, відповідно, ст. 69 і статей 70, 71 КК. А тому частини 3 і 4 як положення, які не охоплюють всіх дозволених законодавцем варіантів виходу за межі конкретної санкції, варто зі ст. 65 КК виключити, водночас доповнивши її узагальненим положенням про те, що більш м'яке або більш суворе покарання, ніж передбачене в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, може бути призначено лише в тому випадку, коли це спеціально передбачено відповідною статтею Загальної частини КК.

Підставою для застосування ст. 69 КК виступає поєднання, по-перше, наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, і, по-друге, врахування особи винного. Відповідних обставин має бути не менше двох (абз. 1 п. 8 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7), причому це можуть бути як обставини, що пом'якшують покарання і перераховані в ч. 1 ст. 66 КК, так і обставини, визнані судом пом'якшуючими на підставі ч. 2 ст. 66 КК. Вказані обставини повинні істотно знижувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, тобто характеризувати саме злочин (а не тільки особу винного) і зумовлювати недоречність призначення винному покарання навіть у мінімальних межах, встановлених санкцією.

Т.І. Іванюк пропонує пов'язувати застосування ст. 69 КК України з наявністю «декількох (не менше двох) обставин, які пом'якшують покарання, а також обставин, які істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину...» [33]. О.С. Яцун характеризує таку пропозицію як сумнівну, «оскільки незрозуміло, які ще конкретно обставини, окрім пом'якшуючих покарання, можуть істотно знизити ступінь тяжкості вчиненого злочину, при тому, що особа винного також має аналізуватися окремо» [34]. Уточню, що викладена пропозиція Т.І. Іванюк є логічним продовженням ідеї цієї дослідниці перетворити перелік обставин, що пом'якшують покарання, у вичерпний. Щоправда, висунуте Т.І. Іванюк формулювання є невдалим, адже пом'якшуючі обставини, безпосередньо названі в КК, також спроможні істотно знижувати ступінь тяжкості вчиненого злочину.

На відміну від ст. 69-1 КК, ст. 69 КК не дає прямої відповіді на питання, чи підлягає вона застосуванню за наявності однієї або кількох обставин, що обтяжують покарання. Видається, що з погляду чинного КК на вказане питання треба давати ствердну відповідь; при цьому встановлені судом у конкретній ситуації пом'якшуючі обставини мають не просто врівноважити (нейтралізувати) наявні обтяжуючі обставини, а і, як цього вимагає кримінальний закон, істотно знизити ступінь тяжкості вчиненого злочину. Пом'якшення покарання з виходом за межі санкції за наявності обставин, що обтяжують покарання, або негативних відомостей про особу винного можливе тоді, коли «обставини, які пом'якшують покарання, за своїми якісно-кількісними характеристиками превалюють, домінують над іншими, тим самим нівелюючи їх негативне значення» [35]. У протилежному випадку звернення до ст. 69 КК буде безпідставним.

На практиці ст. 69 КК нерідко застосовується за наявності таких обтяжуючих обставин, як рецидив злочинів, вчинення злочину стосовно особи похилого віку та вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння. І.М. Федорчук пропонує покласти край такій практиці, доповнивши ст. 69 КК частиною 3, згідно з якою ч.1 і ч. 2 цієї статті не повинні застосовуватись, якщо суд врахував при призначенні покарання хоча б одну з обставин, які обтяжують покарання, передбачених ч. 1 ст. 67 КК [36]. Поділяє такий підхід С.М. Міщенко [37].

Врахування особи при призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, означає, що суд, взявши до уваги різноманітні обставини, які характеризують особу винного, робить висновок про те, що передбачене санкцією типове покарання є для цієї особи надмірно суворим, а призначене з урахуванням ст. 69 КК покарання забезпечить досягнення закріплених у ч. 2 ст. 50 КК цілей покарання. Обставини, що характеризують особу винного, можуть стосуватись у тому числі посткримінальної поведінки особи. Це може бути щире каяття, добровільне відшкодування заподіяних збитків, сумлінне ставлення до праці, тяжке захворювання тощо. З огляду на сказане, непотрібним вважаємо доповнення ч. 1 ст. 69 КК окремою вказівкою на врахування поведінки винного після вчинення злочину (поряд з урахуванням особи винного) [38].

Ст. 69 КК вказує на три основні варіанти призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією.

По-перше, це призначення основного покарання, яке є нижчим від найнижчої межі, встановленої санкцією відповідної норми Особливої частини КК. Йдеться про те, що суд призначає основне покарання того ж виду, що і передбачене санкцією, однак у розмірі, який є меншим за мінімальну межу, встановлену санкцією. Такому варіанту призначення покарання не перешкоджає та обставина, що санкція є альтернативною і, відповідно, містить можливість призначення іншого, більш м'якого основного покарання.

Відповідне роз'яснення Пленуму ВСУ (абз. 6 п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7) інколи критикується на тій підставі, що «у відносно-визначених та альтернативних санкціях у суду є можливість індивідуалізації покарання із обов'язковим врахуванням тяжкості вчиненого, особи винного та інших обставин справи при врахуванні амплітуди меж та видів покарання» [39]. Поділяючи стурбованість Н.Б. Хлистової тим, що ст. 69 КК України на практиці досить часто застосовується безпідставно і що звернення до неї, як правило, належним чином не мотивується у вироках, водночас зауважу, що претензії в цьому випадку адресовані явно не за адресою. Пленум ВСУ витлумачив чинний КК; справа ж законодавця – обмежити суддівський розсуд, зробивши підставу призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, конкретнішою і, вочевидь, жорсткішою. Мені імпонує підхід, згідно з яким застосування судами ст. 69 КК має бути винятковим і надзвичайно виваженим, оскільки такий спосіб індивідуалізації покарання потребує наявності особливих обставин, які істотно знижують суспільну небезпеку діяння [40].

По-друге, це перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції норми Особливої частини КК. Призначене в порядку звернення до ч. 1 ст. 69 КК основне покарання має бути менш суворим порівняно з іншими видами основних покарань, що згадуються в конкретній санкції.

Слід врахувати, що чинна редакція ст. 69 КК, по-перше, не встановлює зв'язок між тяжкістю вчиненого злочину і видом основного покарання, яке має за нього призначатись, і, по-друге, не містить вимоги про послідовний (поетапний) перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання. Водночас у порядку обмеження занадто широкого суддівського розсуду при застосуванні ст. 69 КК заслуговує на підтримку пропозиція покласти на суд обов'язок здійснювати послідовний перехід до найближчого за ступенем суворості більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції. Тільки якщо це покарання не може бути призначене особі, суд розглядає питання про обрання інших, ще більш м'яких видів основного покарання

[41]. Також одним із шляхів обмеження суддівського розсуду при застосуванні ст. 69 КК, уніфікації відповідної правозастосовної практики і кроком, який сприятиме утвердженню авторитету правосуддя, могло б стати доповнення цієї статті своєрідним «бар'єром» – положенням про те, що за тяжкий та особливо тяжкий злочин має призначатись покарання у виді обмеження волі [42].

По-третє, це непризначення додаткового покарання, яке передбачене санкцією норми Особливої частини КК як обов'язкове. Щоправда, з цього правила наразі існує виняток – це випадки призначення покарання за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання у вигляді штрафу у розмірі понад три тисячі НМДГ. Треба так розуміти, що коли призначається покарання за вказаний злочин, суд не вправі, керуючись ч. 2 ст. 69 КК, не призначити додаткове покарання.

Г.М. Собко пише, що в разі переходу до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції, або призначення покарання нижче від найнижчої межі, встановленої для певного виду покарання в Загальній частині КК, ч. 2 ст. 69 КК передбачає можливість не призначати додаткове покарання, передбачене в санкції як обов'язкове, у тому числі конфіскацію майна [43]. Наведене висловлювання є неточним. По-перше, непризначення додаткового покарання, передбаченого в конкретній санкції як обов'язкове, не пов'язується в ст. 69 КК з іншими вказаними в цій нормі варіантами призначення більш м'якого покарання, хоч може поєднуватись з ними. По-друге, у порядку застосування ст. 69 КК суду заборонено виходити за найнижчу межу, встановлену Загальною частиною КК для того чи іншого виду покарання.

Із ч. 2 ст. 69 КК випливає, що стосовно додаткових покарань ця норма встановлює лише один варіант призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, а саме непризначення покарання як такого. Вихід за мінімальну межу, встановлену санкцією для додаткового покарання, на підставі чинної редакції ст. 69 КК не допускається. Разом з тьм у літературі обґрунтовується доцільність внесення до ст. 69 КК змін, які б дозволили суду переходити від більш суворого до більш м'якого виду додаткового покарання. Зокрема, йдеться про те, щоб надати суду право замість конфіскації майна, передбаченої в санкції норми Особливої частини КК, а так само замість позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю призначати як додаткове покарання штраф [44].

Непризначення додаткового покарання, яке відповідно до конкретної санкції є обов'язковим, може поєднуватись з першим або другим варіантом пом'якшення основного покарання. У цьому випадку, як слушно зазначає В.І. Тютюгін, має місце своєрідне «подвійне» пом'якшення покарання: на підставі ч. 1 і ч. 2 ст. 69 КК суд одночасно пом'якшує два види покарання – і основне, і додаткове [45]. Таким чином, ст. 69 КК передбачає всього не три, а п'ять варіантів призначення більш м'якого покарання. Натомість ст. 64 КК РФ не надає суду можливості обрати одночасно два варіанти надмірного пом'якшення, оскільки вони перераховані у законі з використанням розділового сполучника «або» [46].

В абз. 5 п. 8 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 зазначається, що ст. 69 КК не застосовується щодо покарання, призначеного за сукупністю злочинів. Це роз'яснення повністю відповідає приписам ст. 69 КК: остання надає суду право призначати більш м'яке покарання порівняно з тим, яке передбачено в конкретній санкції норми Особливої частини КК, яку встановлено за одиничний злочин, а не за їх сукупність [47]. При цьому ст. 69 КК за наявності підстав може бути застосована раніше – при призначенні покарання за один, кілька чи навіть всі злочини, що утворюють сукупність. Якщо остаточне покарання, призначене у цьому випадку за сукупністю злочинів, виходить за мінімальну межу, встановлену санкцією норми Особливої частини КК, що передбачає найбільш суворе покарання (ч. 2 ст. 70 КК), то таке остаточне покарання має визнаватись більш м'яким покаранням, ніж передбачене законом. «... при засудженні особи за сукупністю злочинів, коли за один чи декілька з них було призначене більш м'яке покарання, ніж передбачене законом, остаточне покарання також може бути більш м'яким, ніж те, що передбачене у ст. 70» [48]. За таких обставин у резолютивній частині вироку стосовно остаточного призначеного покарання має міститись посилання не лише на ст. 70, а і на ст. 69 КК.

Призначення покарання за наявності обставини, що пом'якшують покарання. Ст. 69-1 КК України, втілюючи принцип гуманізму та ідею формалізації призначення покарання, конкретизує вплив пом'якшувачів та обтяжуючих обставин на обрання міри покарання. Включаючи цю статтю до КК, законодавець мав на меті стимулювати позитивну посткримінальну поведінку осіб, які вчинили злочини, полегшити розкриття злочинів і сприяти усуненню (мінімізації) їх негативних наслідків.

Підставою для застосування ст. 69-1 КК виступає сукупність таких чинників: 1) наявність обставин, що пом'якшують покарання, передбачених п. 1 і п. 2 ч. 1 ст. 66 КК (йдеться про з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди); 2) відсутність обставин, що обтяжують покарання; 3) визнання підсудним своєї вини. Встановивши таку підставу, суд не просто має право, а зобов'язаний призначити покарання, строк або розмір якого не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Рішення про вказане пом'якшення

покарання ухвалюється судом за відсутності підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності, регламентованого як ст. 45 КК, так і окремими заохочувальними нормами Особливої частини КК (наприклад, ч. 4 ст. 212, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289 КК).

Порівняння ст. 69 і ст. 69-1 КК дозволяє виокремити щонайменше такі відмінності: 1) якщо призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, є правом суду, то врегульоване ст. 69-1 КК призначення покарання за наявності пом'якшуючих обставин – обов'язок суду; 2) наявність обтяжуючих обставин унеможливує звернення до ст. 69-1 КК, однак не виключає застосування ст. 69 КК; 3) якщо призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, пов'язується передусім із тими пом'якшуючими обставинами, які істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину (інші пом'якшуючі обставини враховуються як показник характеристики особи), то для застосування ст. 69-1 КК мають значення лише ті прямо перераховані у п. 1 і п. 2 ч. 1 ст. 66 КК пом'якшуючі обставини, які характеризують особу винного і на ступінь тяжкості вчиненого злочину не впливають.

У літературі зроблено висновок про те, що порівняно зі ст. 69-1 ст. 69 КК покращує правове становище того, кому призначається покарання [49], і загалом з таким висновком варто погодитись. Адже ст. 69 КК може бути застосована при встановленні більш широкого кола пом'якшуючих обставин і навіть за наявності обтяжуючих обставин, а передбачений нею вихід за мінімальну межу покарання, визначену санкцією, є для особи більш сприятливим правовим наслідком, ніж здійснюване на підставі ст. 69-1 КК зниження тільки максимальної межі покарання, встановленої санкцією.

Водночас зіставлення ст. 69 і ст. 69-1 КК з точки зору їх впливу на правове становище винного позбавлене однозначності, оскільки: 1) передбачений ст. 69-1 КК обов'язок суду пом'якшити покарання винному – це для останнього явно краще, ніж вказане в ст. 69 КК право пом'якшити покарання, яким суд з різних причин може і не скористатись; 2) виконання вимоги ст. 69-1 КК про те, що покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією, у деяких випадках може мати своїм наслідком вихід за найнижчу межу покарання, визначену санкцією.

Буквальне тлумачення ст. 69-1 КК дозволяє стверджувати, що ця стаття підлягає застосуванню лише в тому разі, коли встановлено наявність щонайменше двох пом'якшуючих обставин із числа вказаних у п. 1 і п. 2 ч. 1 ст. 66 КК. Наприклад, це може бути з'явлення із зізнанням і добровільне усунення заподіяної шкоди, активне сприяння розкриттю злочину та добровільне відшкодування завданого збитку. Принагідно зверну увагу на неточність назви ст. 69-1 КК, адже в ній говориться про врахування не всіх, а лише деяких обставин, що пом'якшують покарання.

Точка зору, згідно з якою ст. 69-1 КК застосовується за наявності хоча б однієї з відповідних пом'якшуючих обставин [50], не ґрунтується на чинному кримінальному законі, однак вказує на можливий шлях його вдосконалення. До речі, ст. 62 КК РФ, присвячена призначенню менш суворого покарання за наявності ознак дійового каюття, підлягає застосуванню і тоді, коли має місце хоча б одна з відповідних пом'якшуючих обставин [51].

Слід враховувати, що зверненню до ст. 69-1 КК України не перешкоджає відсутність фактично заподіяної злочином шкоди (завданих ним збитків) та, як наслідок, неможливість здійснити добровільне відшкодування завданого збитку та усунення заподіяної шкоди. Таку ж позицію займає Пленум ВСУ (абз. 1 п. 6-2 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7). Інакше кажучи, застосування ст. 69-1 КК можливе і за наявності обставин, що пом'якшують покарання і передбачені лише одним п. 1 ч. 1 ст. 66 КК.

З одного боку, визнання підсудним своєї вини не завжди є проявом його щирого каюття, оскільки може супроводжуватись виправдовуванням власної злочинної поведінки, критикою чинного законодавства тощо. З іншого, різновиди позитивної посткримінальної поведінки, вказані в п. 1 ч. 1 ст. 66 КК (передусім щире каюття), передбачають визнання особою своєї винуватості у вчиненні злочину. З огляду на це, окрема вказівка в ст. 69-1 КК на визнання підсудним своєї вини виглядає певною мірою тавтологічною.

До обставин, які обтяжують покарання і встановлення принаймні однієї з яких унеможливує застосування ст. 69-1 КК, належать обставини, перераховані в ч. 1 ст. 67 КК, і не відносяться кваліфікуючі ознаки. В юридичній літературі висловлено думку про те, що невизнання судом на підставі ч. 2 ст. 67 КК обтяжуючими обставин, зазначених у пунктах 1, 3, 4, 5, 8, 11 і 13 ч. 1 ст. 67 КК, свідчить про їх відсутність у справі. Відповідно, це надає суду право застосувати ст. 69-1 КК [52]. Таку ж думку стосовно ст. 62 КК РФ висловлює М.М. Становський [53]. Зі ст. 69-1 КК України, як на мене, впливає інше: закон вимагає відсутності будь-яких обставин, що обтяжують покарання (треба так розуміти – як обов'язкових, так і факультативних).

Призначення покарання за сукупністю злочинів. Сукупності злочинів як формі множинності злочинів, на відміну від ситуації із застосуванням кумулятивної санкції, відповідає множинність (сукупність) щонайменше основних покарань. Врегульоване ст. 70 КК України призначення покарання за сукупністю злочинів зазвичай здійснюється в два послідовні етапи. Спочатку суд, беручи до уваги вимоги ст. ст. 65–69-1, 103 КК, призначає покарання (основне, а за наявності підстав – і додаткове) окремо за кожний із злочинів, які утворюють су-

купність. Далі суд визначає остаточне покарання або шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим, або шляхом повного чи часткового складання призначених раніше покарань.

З одного боку, законодавча вказівка (ч. 1 ст. 70 КК) саме на окреме призначення покарання зобов'язує суд при обранні конкретної міри покарання абстрагуватись від того, що особа вчинила кілька злочинів, і не враховувати місце кожного із злочинів у сукупності, їх взаємозв'язок між собою тощо. З іншого, дотримання на першому згаданому етапі загальних засад призначення покарання не дозволяє суду при призначенні покарання за кожен наступний злочин – складову реальної сукупності ігнорувати ту обставину, що винний вчиняє злочин не вперше, а отже, суспільна небезпека особи винного не залишається незмінною.

Не встановивши в ст. 70 КК, в яких випадках при призначенні остаточного покарання за сукупністю злочинів треба застосовувати принцип поглинення, а в яких – принцип складання (повного або часткового), законодавець віддав вирішення цього питання на розсуд суду. Виняток у вигляді так званого вимушеного поглинення зумовлений неможливістю приєднання будь-якого іншого покарання до довічного позбавлення волі.

Якщо призначені за окремі злочини покарання дають можливість вибору того чи іншого принципу призначення остаточного покарання, то цей вибір має бути обґрунтований у вироку. Пленум ВСУ у п. 21 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 рекомендує при вирішенні питання, який із передбачених ст. 70 КК принципів слід застосовувати при призначенні покарання за сукупністю злочинів, враховувати, крім даних про особу та обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання, кількість злочинів, що входять до сукупності, форму вини і мотиви вчинення кожного з них, тяжкість їх наслідків, вид сукупності (реальна чи ідеальна) тощо.

Так, за рівності інших умов ідеальна сукупність злочинів поступається за суспільною небезпекою реальній сукупності злочинів, звідки випливає, що остаточне покарання у випадку ідеальної сукупності злочинів варто призначати шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим. У кримінальному законодавстві деяких країн (наприклад, Аргентина, Іспанія, Литва, Польща, Туреччина, ФРН, Японія) прямо передбачено, що при призначенні покарання у разі ідеальної сукупності злочинів застосовується принцип поглинення покарань.

Зазначений принцип повинен мати пріоритет і в тому разі, коли злочини, які утворюють сукупність злочинів, істотно відрізняються один від одного за ступенем тяжкості. Разом з тим очевидно, що поглинення менш суворого покарання більш суворим певною мірою викликає відчуття безкарності, адже фактично засуджений зазнаватиме покарання лише за один злочин, хай і найбільш тяжкий із сукупності. Чим із більшої кількості злочинів складається сукупність і чим меншими є проміжки часу між злочинами, які утворюють цю сукупність, тим суворіше покарання має призначатись винному, що схиляє до думки про застосування принципу повного або часткового складання покарань, призначених за окремі злочини. При вирішенні питання про вибір принципу призначення остаточного покарання має враховуватись і характер зв'язку між злочинами, які входять до складу реальної сукупності.

Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 70 КК, у якій принципи призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів перераховані із використанням розділового сполучника «або», заперечує можливість поєднання (одночасного застосування) цих принципів при призначенні остаточного покарання за сукупністю трьох і більше злочинів. Однак таке поєднання (у тому числі вимушене) не виключається ні судовою практикою, ні доктриною, яка визнає за судом право одночасно обрати два принципи призначення остаточного покарання, тобто скласти (повністю або частково) одні покарання, призначені за окремі злочини, і поглинути інші. З огляду на сказане, ч. 1 ст. 70 КК потребує уточнення.

Поглинення як принцип призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів полягає в тому, що менш суворе покарання поглинається більш суворим. Останнє і підлягає виконанню. Якщо за окремі злочини, які утворюють сукупність, призначені покарання різних видів, при з'ясуванні того, які з них є більш суворими, а які – менш суворими, треба виходити з їх місця у «драбині» покарань, закріпленій у ст. 51 КК. Розгорнуте обґрунтування положення про те, що в цьому разі треба керуватись відображеною в ст. 51 КК законодавчою оцінкою ступеня суворості різних видів покарань, наводилось В.І. Тютюгіним [54].

Вимушений, однак, констатувати, що наразі ситуація з розглядуваного питання позбавлена однозначності. Із ст. 12 КК, викладеної в редакції Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», випливає, що до позбавлення волі на певний строк і навіть до довічного позбавлення волі фактично прирівнюється штраф у відповідних розмірах. Як слушно зазначає С.Д. Шапченко, саме величина штрафу як основного покарання стає показником його суворості відносно інших видів покарань. Зокрема, передбачений санкцією штраф у розмірі понад три тисячі НМДГ стає більш суворим покаранням, ніж громадські роботи, виправні роботи, арешт і обмеження волі, а штраф понад двадцять п'ять тисяч НМДГ – більш суворим покаранням, ніж позбавлення волі на строк до десяти років включно [55]. Те, що при цьому не зазнала відповідних змін ст. 51 КК, в якій штраф, як і раніше, продовжує вважатись найменш суворим з основних покарань, – зайве свідчення безсистемності змін КК, ухвалених 15 листопада 2011 р. Н.О. Гуторова відзначає такий проблемний аспект вказаних змін, як значне посилення карального впливу штрафу без зміни його місця в системі покарань [56].

Разом з тим, на думку С.М. Міщенка, при вирішенні питання, яке з покарань є більш суворим, слід і надалі виходити з положень ст. 51 КК України. На користь такого підходу дослідник: 1) звертається до ч. 6 ст. 12 КК, з якої випливає, що при зіставленні штрафу та позбавлення волі законодавець надає перевагу другому покаранню; 2) вказує на використання у Прикінцевих та перехідних положеннях Закону від 15 листопада 2011 р. формулювань – «особам, що відбувають покарання у виді громадських чи виправних робіт, арешту, обмеження чи позбавлення волі ... невідбута частина покарання знижується до відповідного розміру штрафу» (абз. 1 п. 2), «якщо покарання у виді громадських або виправних робіт, арешту або обмеження волі було знижене судом до штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» (абз. 2 п. 3). Звідси робиться висновок, що побудова системи покарань, закріплена в ст. 51 КК (від менш суворого покарання до більш суворого), у зв'язку із прийняттям Закону від 15 листопада 2011 р. змін не зазнала [57]. Не викликає сумнівів, що ясність з питання, яке покарання є більш суворим, має чітко вирішуватись законодавцем.

При застосуванні принципу складання покарання, призначені за злочини, що утворюють сукупність, приєднуються (додаються) одне до одного. Остаточне покарання має визначатись за найбільш суворим видом покарання з числа призначених за окремі злочини. Перед приєднанням менш суворі покарання мають бути переведені у показники найбільш суворого покарання за правилами, закріпленими у ст. 72 КК. В абз. 4 п. 22 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 роз'яснюється, що у тому разі, коли за злочини – складові сукупності призначено основні покарання різних видів, які не підлягають заміні (згідно з ч. 3 ст. 72 КК – це штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю), суд застосовує принцип поглинення або призначає кожне із вказаних покарань до самостійного виконання. Інакше кажучи, такі основні покарання складанню не підлягають.

В юридичній літературі обґрунтовується недоцільність такого поглинення, оскільки воно перешкоджає досягненню цілей покарання. Пропонується доповнити ст. 70 КК таким положенням: «Якщо за злочини, що входять у сукупність, призначається штраф або позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (як основні, так і додаткові), то вони виконуються самостійно» [58].

В.І. Тютюгін послідовно обстоює і переконливо аргументує позицію, згідно з якою призначення різновидних основних і додаткових покарань шляхом їх одночасного застосування (без поглинення і складання) є не різновидом їх складання, а виступає як самостійний принцип визначення остаточного покарання за сукупністю як злочинів, так і вироків, який передбачений у ч. 3 і ч. 4 ст. 72 КК, поряд із принципами поглинення і складання покарань [59].

Застосовуючи принцип складання, треба враховувати максимальні межі остаточного покарання за сукупністю злочинів, диференційовані у ч. 2 ст. 70 КК. Відповідні межі відомі і зарубіжному законодавству. Наприклад, остаточне покарання, призначене за сукупністю злочинів, не повинне перевищувати: підвищений на одну третину максимальний розмір найбільш суворого з покарань, яке могло бути призначено винному (Нідерланди); підвищений наполовину розмір найбільш суворого з покарань (Болгарія, Болівія, Японія); двократний розмір найбільш суворого з покарань (Норвегія); трикратний розмір найбільш суворого з покарань (Гватемала, Іспанія). У багатьох країнах законодавець встановив спеціальний максимум строку, на який може бути за сукупністю злочинів призначено позбавлення волі (від 15 років у Фінляндії до 50 років у Гватемалі).

Так, якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким злочином, суд може (має право, але не зобов'язаний) призначити остаточне покарання у межах максимального строку, встановленого для цього виду покарання в Загальній частині КК. Для позбавлення волі на певний строк – це 15 років (ст. 63 КК), а для штрафу – це п'ятдесят тисяч НМДГ (ст. 53 КК).

У літературі зустрічаються різні пропозиції, спрямовані на обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання за сукупністю злочинів залежно від кількості і тяжкості злочинів, що входять до складу сукупності. Так, В.М. Василяш стверджує, що покарання у межах 15 років позбавлення волі, призначене за сукупністю п'яти і більше злочинів, серед яких два і більше злочинів є тяжкими або особливо тяжкими, є несправедливим і не відповідає меті покарання. У зв'язку з цим висувається пропозиція доповнити ч. 2 ст. 70 КК положенням про те, що в тому разі, коли сукупність злочинів утворюють два або більше умисних тяжких чи особливо тяжких злочинів, суд при складанні покарань призначає остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк більше 15, але не більше 25 років [60].

У ч. 3 ст. 70 КК зазначається, що до основного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, можуть бути приєднані додаткові покарання, призначені судом за злочини, у вчиненні яких особу було визнано винною. Звідси випливає, що додаткове покарання за сукупністю злочинів може призначатись лише за умови, що воно було призначено принаймні за один із злочинів, які утворюють сукупність. В абз. 1 п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7 з цього приводу цілком обґрунтовано вказується, що призначення додаткового покарання (як, до речі, і основного) лише за сукупністю злочинів є неприпустимим.

Вживання в ч. 3 ст. 70 КК слів «можуть бути приєднані» наводить на думку, що суд вправі і не приєднувати до основного остаточного покарання додаткові покарання, призначені за окремі злочини – складові

сукупності. Наприклад, А.О. Пінаєв пише, що на підставі ч. 3 ст. 70 КК суд може і не призначити додаткові покарання за сукупністю злочинів, якщо зробить висновок, що це недоцільно [61]. Натомість С.Д. Шапченко використання в ч. 3 ст. 70 КК «диспозитивного» формулювання «можуть бути приєднані» називає невірним, адже призначені за окремі злочини додаткові покарання підлягають приєднанню до остаточного основного покарання, призначеного за сукупністю цих злочинів [62]. Так само вважає В.І. Тютюгін: «...якщо додаткові покарання призначаються за окремі злочини, вони не можуть не входити до тієї міри покарання, яка остаточно визначена за сукупністю злочинів» [63].

Обов'язкове додаткове покарання, призначене за один або кілька злочинів, що входять до сукупності, повинне бути призначене і за сукупністю злочинів; його непризначення можливе лише в порядку застосування ч. 2 ст. 69 КК. Обов'язкове додаткове покарання має бути приєднане до остаточного основного покарання і в тому випадку, коли останнє суд визначив шляхом поглинення меш суворого покарання більш суворим. Цілком очевидно, що з'ясована двозначність у тлумаченні кримінального закону, відсутня, до речі, у випадку з приєднанням додаткових покарань при призначенні покарання за сукупністю вироків (ч. 3 ст. 71 КК), підлягає усуненню в законодавчому порядку.

Особливість призначення покарання за «розірваною» сукупністю злочинів відповідно до ч. 4 ст. 70 КК полягає в наявності третього етапу: у строк покарання, остаточно призначеного за вказаною сукупністю, зараховується покарання, відбуте (повністю або частково) за попереднім вирокком. Це зарахування здійснюється з дотриманням закріплених у ст. 72 КК правил, присвячених переведенню менш суворих видів покарання у більш суворі: відбуте за попереднім вирокком покарання має бути обчислене у показниках остаточного покарання, призначеного за «розірваною» сукупністю злочинів. Для того, щоб виконати законодавчу вимогу про зарахування вже відбутого покарання, суд при постановленні нового (наступного) вироку має встановити, яке покарання було призначене особі попереднім вирокком і чи відбула вона його повністю або частково. Застосування ч. 4 ст. 70 КК не залежить від того, чи відбував винний покарання за попереднім вирокком.

Призначаючи покарання відповідно до ч. 4 ст. 70 КК, суд не вправі змінювати попередній вирок (діє презумпція законності та обґрунтованості вироку). Насправді і в цьому випадку, і у випадку із застосуванням ст. 71 КК суд може опинитись у двозначній ситуації: з одного боку, він не має права не погоджуватись з попереднім вирокком, який набрав законної сили; з іншого боку, врахування цього вироку може призвести до неправильного застосування кримінального закону, необґрунтованого погіршення становища особи. В.М. Білоконев рекомендує суддям у такій ситуації відкладати розгляд кримінальної справи і звертатись до прокурора про перегляд попередньої кримінальної справи у порядку виключного провадження з тим, щоб змінити попередній вирок суду [64]. Аналізуючи ч. 4 ст. 70 КК, В.І. Тютюгін найбільш ідеальним вирішенням ситуації, передбаченої цією нормою, називає скасування раніше постановленого вироку, повне відновлення провадження у справі і перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами [65].

Якщо попередній вирок з тих чи інших підстав скасовано, призначення покарання за сукупністю злочинів відбувається в звичайному порядку, врегульованому частинами 1–3 ст. 70 КК. Тобто покарання за всі злочини, які утворюють сукупність, призначається одним вирокком.

При призначенні покарання за злочин, про який стало відомо згодом, – складову «розірваної» сукупності суд не вправі враховувати судимість як результат засудження особи за попереднім вирокком, адже на момент вчинення цього злочину в особи судимості не було. Згідно з абз. 3 п. 21 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» при призначенні покарання із застосуванням ч. 4 ст. 70 КК слід враховувати, що злочин, за який цю особу засуджено за попереднім вирокком, рецидиву щодо злочину, вчиненого до постановлення такого вироку, не утворює, але за відповідних умов може утворювати повторність злочинів.

Чинний КК України не встановлює особливості призначення покарання за наявності поєднання ситуацій, передбачених ч. 4 ст. 70 і ст. 75 КК, тобто у випадку, коли особу звільнено від відбування покарання з випробуванням, а потім з'ясовується, що до засудження вона вчинила інший злочин [66]. З цього приводу в абз. 2 п. 23 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7 роз'яснювалось, що в тому разі, коли особа, щодо якої було застосоване таке звільнення, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, застосування принципів поглинення, часткового або повного складання не допускається; кожний вирок виконується самостійно.

Не дивлячись на те, що згодом це роз'яснення текстуально зазнало змін, немає підстав стверджувати, що позиція Пленуму ВСУ, яка виходить з необхідності самостійного виконання вироків, змінилась [67]. Тим більше, що вітчизняні дослідники загалом розцінюють викладену вище позицію Пленуму ВСУ схвально. Так, на думку В.І. Тютюгіна, у цьому разі складається парадоксальна ситуація: з одного боку, особа звільняється від реального відбування покарання за один із злочинів, і в неї спливає іспитовий строк, а, з іншого, вона реально відбуває покарання за інший злочин. Оскільки одне покарання призначено «умовно», а інше «реально», то ні поглинуті одне одним, ні складені між собою вони бути не можуть. Тому суд і вимушений використовувати тут принцип

одночасного застосування призначених за окремі злочини покарань незалежно від того, є ці покарання одного чи різних видів [68]. Правильним підходом до вирішення розглядуваної кримінально-правової ситуації називає роз'яснення, наведене в попередній редакції п. 23 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7, С.Д. Шапченко [69].

Задля справедливості слід відзначити, що, на думку деяких авторів, виконання цього роз'яснення невиконано погіршує правове становище засудженого, суперечить ч. 4 ст. 70 КК і не враховує випадків, коли самостійне виконання кожного вироку є неможливим [70]. До речі, подібні труднощі трапляються в практиці застосування ст. 69 КК РФ, яка регламентує призначення покарання за сукупністю злочинів. Основним аргументом противників положення про самостійне виконання вироків в аналізованій ситуації є те, що кримінальний закон не допускає фактичного невиконання проголошених вироків. Останнє якраз і має місце, оскільки перший вирок, яким особа засуджується умовно, не може бути звернений до виконання. Констатується неможливість вирішення цієї кримінально-правової проблеми без законодавчих змін [71].

Проведене дослідження дозволяє висунути такі пропозиції, спрямовані на вдосконалення КК України в частині регламентації призначення покарання: включити до ст. 65 КК норму, присвячену спеціальним засадам призначення покарання; замінити ч. 3 і ч. 4 ст. 65 КК узагальненим положенням про те, що більш м'яке або, навпаки, більш суворе покарання призначається у випадках, передбачених Загальною частиною КК; вказати в ст. 20 КК на право суду за наявності підстав пом'якшувати покарання, що призначається обмежено осудним особам; виключити з переліку обставин, які пом'якшують покарання, вказівку на виконання спеціального завдання, а правило призначення покарання за перевищення меж виконання спеціального завдання перенести з розділу VIII до розділу XI Загальної частини КК; закріпити в КК правила вибору норм, що передбачають зниження покарання, за наявності підстав для одночасного застосування (комбінування) таких норм; заборонити призначати довічне позбавлення волі за незакінчений злочин, включивши до ст. 68 КК норму, згідно з якою при призначенні покарання за готування до злочину і замах на нього довічне позбавлення волі має бути замінено позбавленням волі на певний строк; вказати в ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК на те, що при призначенні покарання за незакінчений злочин відповідному кратному зниженню підлягає як верхня, так і нижня межа основного і додаткового покарання, яке може бути призначене винному (аналогічних змін потребує і ст. 69-1 КК); уточнити назву ст. 69 КК (пропонований варіант – «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією»); доповнити ст. 69 КК положеннями про обов'язок суду здійснювати перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання послідовно і про право суду призначити більш м'яке додаткове покарання, а також заборону призначати за тяжкі та особливо тяжкі злочини менш суворі основні покарання, ніж обмеження волі; у ч. 1 ст. 70 КК після сполучника «або» додати сполучник «та» (це дозволить узгодити з «буквою» закону існуючу судову практику одночасного застосування принципів поглинення і складання при призначенні остаточного покарання за сукупністю трьох і більше злочинів); у ч. 3 ст. 70 КК зворот «можуть бути приєднані» замінити словом «приєднуються» (у такий спосіб вдасться усунути невикористану диспозитивність у частині призначення додаткових покарань при визначенні остаточного покарання за сукупністю злочинів); доповнити КК нормою про особливості призначення покарання у випадку вчинення особою злочину, що входить до сукупності, якщо цей злочин встановлено вже після проголошення вироку, яким особу засуджено із звільненням від відбування покарання з випробуванням.

1. Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотиків: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 19.
2. Дядькин Д.С. Теоретико-методологические основы назначения уголовного наказания: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2009. – С. 3.
3. Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 188–189.
4. Милуков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. – СПб.: СПбИВЭСЭП, Знание, 2000. – С. 57.
5. Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 286–287.
6. Бурдін В.М. Вказана праця. – С. 291–295; Музика А.А., Горох О.П. Вказана праця. – С. 142–143; Приходько Т.М. Проблема обмеженої осудності в кримінальному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Київ, 2001. – С. 1, 4, 5, 11, 13, 15, 16.
7. Зайцев О.В. Обмежена осудність у кримінальному праві України: монографія. – Х.: Майдан, 2007. – С. 154–172; Лень В.В. Науково-практичний коментар статей IV, XIV розділів Загальної частини Кримінального кодексу України – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2010. – С. 15.

8. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 136.
9. Нікіфорова Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. – Х.: Харків юридичний, 2009. – С. 94–95; Яремко Г.З. Співвідношення обставин, які пом'якшують покарання, та привілеюючих ознак складів злочинів // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 590–591.
10. Пархоменко С. Причинение вреда при выполнении специального задания // Законность – 2004. – № 4. – С. 40–41.
11. Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К.: ГоС. изд-во Украины, 1925. – С. 47, 50.
12. Маслак Н.В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину: дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – С. 143–169, 196–197.
13. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 142.
14. Уголовное право России: Общая часть: учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гоС. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гоС. ун-та, 2006. – С. 797.
15. Тютюгін В.І., Ус О.В. Призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол.: В.І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2010. – Вип. 19. – С. 40; Тацій В. Десять років Кримінальному кодексу України: здобутки і проблеми застосування // Право України. – 2011. – № 9. – С. 11; Горностаї А.В. Кримінальна відповідальність за замах на злочин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – С. 12.
16. Тишкевич И.С. Приготовление и покушение по уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 63.
17. Тютюгін В.І., Ус О.В. Вказана праця. – С. 44.
18. Хавронюк М. Покарання за готування до злочину і замах на злочин: парадокси національного Кримінального кодексу, особливо у порівнянні з іноземними // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 109.
19. Хавронюк М. Вказана праця. – С. 110.
20. Красницький І.В., Щутяк Л.С. До питання ефективності кримінально-правової політики у сфері диференціації відповідальності за незакінчений злочин // Правова політика Української держави: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 70-річчю Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника. Том 2 / 19-20 лютого 2010 року. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. – С. 127–129.
21. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 172; Ковтун Н.Я. Проблеми застосування довічного позбавлення волі за незакінчений злочин // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 253–255; Щутяк Л.С. Невирішені проблеми відповідальності за замах на злочин за кримінальним правом України // Митна справа. – 2011. – № 2 (ч. 2). – С. 346.
22. Щутяк Л.С. Кримінальна відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 13.
23. Энциклопедия уголовного права. Т. 9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 504–505.
24. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т.1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-е вид., переробл. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 192–193.
25. Задоя К.П. Проблема вибору кримінально-правової норми: її зміст та прояви: наукова брошура. – К., 2010. – С. 7–8.
26. Тютюгін В.І., Ус О.В. Вказана праця. – С. 44.

27. Степашин В.М. Специальные правила назначения наказания и мер уголовно-правового воздействия: монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – С. 137.
28. Энциклопедия уголовного права. Т. 9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 453.
29. Кочкарев А.И. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2005. – С. 14, 21.
30. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. Монография. Под общ. и науч. ред. д.ю.н., профессора, заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2009. – С. 361.
31. Степашин В.М. Вказана праця. – С. 117.
32. Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – С. 5, 10, 14.
33. Іванюк Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Київ, 2006. – С. 11.
34. Яцун О.С. Особливості кримінального покарання неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2009. – С. 171.
35. Євдокімова О.В. Вказана праця. – С. 6.
36. Федорчук І.М. Обставини, які обтяжують покарання за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 4, 9, 13.
37. Міщенко С.М. Деякі особливості застосування судами ст. 69 КК України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 262.
38. Євдокімова О.В. Вказана праця. – С. 15.
39. Хлистова Н. Покарання за межами здорового глузду, або Як не бажано застосовувати ст. 69 Кримінального кодексу України // Юридичний вісник України. – 25–31 липня 2009 р. – № 30.
40. Азаров Д.С. Про невтішні результати узагальнення судової практики призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 8–9.
41. Євдокімова О.В. Вказана праця. – С. 13, 15.
42. Попрас В.О. Штраф як вид покарання за кримінальним правом України: монографія. – Х.: Право, 2009 – С. 155–156.
43. Собко Г.М. Призначення покарання у вигляді конфіскації майна в судовій практиці // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – № 4. – С. 38.
44. Євдокімова О.В. Вказана праця. – С. 6, 13, 15; Попрас В.О. Вказана праця. – С. 157–159.
45. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 365.
46. Благоев Е.В. Применение уголовного закона. – СПб.: Изд-во р. Асланова «Юридический Центр Пресс», 2004. – С. 379; Уголовное право России: Общая часть: учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 788.
47. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: Монографія / за заг. ред. проф. Тютюгіна В.І. – Харків: Фінн, 2008. – С. 183.
48. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т.1 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-є вид., переробл. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 195.
49. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. 5-те вид., переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2009. – С. 303.

50. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. 5-те вид, переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2009. – С. 304; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т.1 / За заг. ред. П.П.Андрушка, В.Г.Гончаренка, Є.В.Фесенка. – 3-е вид., переробл. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 196.
51. Чугаев А.П., Веселов Е.Г. Назначение наказания. Научно-практическое пособие. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 133.
52. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / За ред. В.В.Сташиса, В.Я.Тация. – 4-те вид., переробл. і допов. –Х.: Право, 2010. – С. 357.
53. Энциклопедия уголовного права. Т. 9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 436.
54. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Вказана праця. – С. 192–195.
55. Шапченко С. Зробити краще, щоб не вийшло як завжди // Дзеркало тижня. – 22 жовтня 2011 р. – № 38.
56. Гуторова Н.О. Щодо гуманізації відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 141.
57. Міщенко С.М. Деякі питання призначення покарання за злочини у сфері господарської діяльності в аспекті нещодавніх законодавчих змін // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 324.
58. Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 213.
59. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Вказана праця. – С. 208–214.
60. Василяш В. Питання, що виникають в судовій практиці при визначенні судом остаточного покарання за сукупністю злочинів // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали XII регіональної науково-практичної конференції. 9-10 лютого 2006 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2006. – С. 336.
61. Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права. Книга вторая «О наказании». – Х.: Харьков юридический, 2002. – С. 52–53.
62. Шапченко С.Д. Окремі питання призначення покарання за сукупністю злочинів та за сукупністю вироків // Судова апеляція. – 2006. – № 1. – С. 47.
63. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Вказана праця. – С. 224.
64. Білоконеv В.М. Застосування законодавства про погашення і зняття судимості (судова практика). – Запоріжжя, видавець Глазунов С.О., 2010. – С. 119.
65. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Вказана праця. – С. 233–234.
66. Шапченко С.Д. Вказана праця. – № 1. – С. 48.
67. Білоконеv В.М. Вказана праця. – С. 52.
68. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Вказана праця. – С. 235.
69. Шапченко С.Д. Вказана праця. – С. 49–50.
70. Мірошніченко Є.О. Призначення покарання в порядку, передбаченому ч. 4 ст. 70 КК Кримінального кодексу України: окремі аспекти // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 9. – С. 39–43.
71. Уголовное право России: Общая часть: учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 817–818.

ПРОБЛЕМИ ОПТИМІЗАЦІЇ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ¹

Нюанси кримінально-правової кваліфікації, тонкощі кримінально-правової характеристики окремих злочинів, інші проблеми Загальної та Особливої частин кримінального права – усе це значною мірою втрачає сенс, якщо за вчинений злочин не призначається справедливе покарання або якщо призначене покарання не виконується або виконується неналежним чином – без урахування закріплених у ст. 5 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК) принципів законності, справедливості, гуманізму, рівності засуджених перед законом, поваги до прав і свобод людини, раціонального застосування примусових заходів і стимулювання правослужної поведінки тощо. Пов'язані з виконанням покарань проблеми в узагальненому вигляді досить вдало позначені в Концепції державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, схваленій указом Президента України від 8 листопада 2012 р. № 631/2012, де зазначається, що існуюча система виконання покарань та попереднього ув'язнення, побудована ще за радянських часів, не відповідає сучасному рівню соціально-економічного розвитку суспільства та принципам гуманізму і поваги до прав і свобод людини.

За таких обставин слід усіляко вітати появу монографічного дослідження І.Я. Яковець, присвяченого розробленню та обґрунтуванню цілісної теоретичної моделі оптимізації виконання покарань в Україні, яка (модель) базується на творчому осмисленні двох основних концептуальних (виправного і кримінально-виконавчого) підходів до засад організації виконання покарань. Пропоновані увазі читача тези становлять собою деякі міркування, які виникли після ознайомлення зі згаданим дослідженням.

Одне з положень, включених у рубрику наукової новизни «уперше», І.Я. Яковець сформулювала таким чином: «... визначено концептуальні підходи до засад організації процесу виконання кримінальних покарань, що переважали за різних часів у науці вітчизняного кримінально-виконавчого (виправно-трудоного) права: (а) виправний, що ґрунтується на концепції поєднання покарання з виправно-трудоим впливом і ставить за мету виправлення й ресоціалізацію засуджених і (б) кримінально-виконавчий, що має у своїй основі концепцію, за якою виконання покарання полягає у здійсненні властивих йому правообмежень, а сутністю цієї діяльності виступає реалізація кари. Доведено, що втілення у практику виправної концепції стало одним з основних чинників, які призвели до кризового стану у сфері виконання кримінальних покарань в Україні» [1, с. 10].

При цьому з тексту аналізованої праці можна дізнатись про те, що положення про існування в науці двох вказаних концептуальних підходів (парадигм) стосовно організації виконання покарань ще в 1999 р. сформулював А.Х. Степанюк. Тому розглядуване положення мало б розміщуватись у рубриці наукової новизни «удосконалено» або «дістало подальшого розвитку», а до положень, які І.С. Яковець сформулювала вперше, вочевидь, варто було віднести тезу про втілення в практику виправної концепції як про один з основних чинників кризового стану у сфері виконання покарань [1, с. 10, 342]. Постає і питання, як ця теза узгоджується з іншими її висловлюваннями авторки, наприклад, про те, що: основним критерієм оцінки ефективності діяльності установ виконання покарань відповідно до Мінімальних стандартних правил поводження з ув'язненими і висвітленого у роботі зарубіжного досвіду визнається показник виправлення і ресоціалізації засуджених [1, с. 94]; діяльність кримінально-виконавчої служби повинна базуватись на певних принципах, одним з яких є такий: мета покарання – у зміні засудженого [1, с. 111]; до основних проблем, які мають розв'язуватись органами та установами виконання покарань, слід віднести проблеми, пов'язані з виправленням і ресоціалізацією засуджених [1, с. 279].

З приводу ставлення І.Я. Яковець до концептуальних підходів (парадигм) до організації виконання покарань хотілось би зазначити і таке. У підрозділі 4.2 аналізованої роботи критикуються закріплені в чинному законодавстві взаємопов'язані категорії «виправлення» і «ресоціалізація» і робиться висновок про відсутність об'єктивних критеріїв для встановлення їх досягнення особою в процесі виконання покарання [1, с. 51–72, 260]. Піддаючи сумніву правильність змісту положень ст. 6 КВК і практики їх застосування в процесі діяльності кримінально-виконавчих установ, дослідниця, щоправда, активно використовує вказані категорії для обґрунтування власних наукових підходів. Так, констатується, що режим є, поміж іншого, основним засобом виправлення засуджених, а одна з цілей залучення засуджених до праці є ресоціалізаційною: праця покликана полегшити реінтеграцію засуджених на ринку праці після звільнення [1, с. 47]. Не сумнівається І.Я. Яковець і в тому, що створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених полягає у впровадженні в життя таких умов, які дозволяють особі успішно повернутися до законослухняного суспільства і вести загальноприйнятний спосіб життя, що не порушує правових норм [1, с. 72]. Якщо це так, то чи є достатні підстави критикувати виправну концепцію і саме втілення її в практику розцінювати як один з основних чинників кризового стану у сфері виконання покарань у сьогоdnішній Україні?

1 Стаття опублікована: Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 27 листоп. 2015 р.). – К.: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 263–267.

Ефективність виконання покарань запропоновано визначати як здатність Державної кримінально-виконавчої служби України реально, з найкращим використанням наявних засобів, у оптимальні чи визначені законом або вироком суду строки реалізовувати завдання цього процесу [1, с. 109, 112, 343]. Наведений підхід видається дещо обмеженим, адже відповідно до ст. 11 КВК у межах, визначених цим Кодексом та іншими законами України, виконання покарань здійснює не лише згадана служба як центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань та його територіальні органи управління (наразі Державна пенітенціарна служба України), а і кримінально-виконавча інспекція, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері організації примусового виконання рішень судів та інших органів, військові частини і гауптвахти, дисциплінарний батальйон. До речі, ці структури чомусь на згадуються в тих підрозділах роботи, в яких визначаються основні і додаткові суб'єкти оптимізації процесу виконання покарань.

Взагалі після ознайомлення з текстом аналізованої роботи створюється враження, що І.Я. Яковець, розкриваючи проблеми оптимізації виконання покарань, дещо «захопилась» покараннями, пов'язаними з ізоляцією від суспільства (в основному позбавленням волі на певний строк), і не звернула належної уваги на інші покарання, передбачені КК України, включаючи майнові покарання. Так, із підрозділу 1.2 праці (його назва – «Вплив основних тенденцій формування сучасної нормативної бази й організації практики виконання кримінальних покарань на розроблення концептуальної моделі оптимізації») випливає, що в ньому йдеться про основні тенденції формування сучасної нормативної бази та організації практики виконання не всіх покарань, а лише позбавлення волі на певний строк і довічного позбавлення волі. Не заперечуючи проти важливості належного виконання позбавленні волі з погляду успішної реалізації кримінально-виконавчої політики держави, водночас зауважу, що проблеми оптимізації виконання покарань і інших видів (у тому числі конфіскації майна і, тим більше, штрафу, який як вид покарання зазнав серйозних змін у 2011 р.), мабуть, заслуговували на те, що бути висвітленими в роботі докладніше.

Розглянувши проблематику діяльності спостережних комісій в Україні [1, с. 173–179], І.С. Яковець зробила загалом справедливий висновок про доцільність не лише включення представників громадськості до складу спостережної комісії, а і визначення її членів за рекомендацією громадського об'єднання, органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій після попередньої широкої організаційно-інформаційної підготовки, що повинна провадитись відповідним органом безпосередньо перед створенням комісії. Водночас розв'язання проблем, пов'язаних із функціонуванням спостережних комісій, не повинне обмежуватися висловленою пропозицією. Передусім необхідно переглянути чинне Положення про спостережні комісії. На сьогодні фахівці оцінюють цей документ як украй недосконалий і фактично скопійований з аналогічного акта ще радянських часів. Найголовніше ж – це відсутність належного юридичного механізму щодо реалізації повноважень спостережних комісій, на чому, до речі, І.Я. Яковець разом з іншими авторами слушно наголошувала в одній із колективних праць [2, с. 249, 252].

Проаналізувавши зарубіжний досвід у частині роздержавлення частини функцій кримінально-виконавчих установ, дослідниця констатувала корисність цього досвіду для нас: «Означені підходи до організації виконання кримінальних покарань можуть бути застосовані і в Україні у ході оптимізації цього процесу, оскільки вони спрямовуються на ефективне досягнення поставлених цілей і завдань з одночасною раціональною витратою наявних коштів та ресурсів» [1, с. 111]. Такого роздержавлення, на думку І.С. Яковець, можна досягти шляхом укладання спеціальних контрактів між компетентними органами державної влади, що реалізують кримінально-виконавчу політику, з одного боку, та неурядовими організаціями, що забезпечуватимуть відбування покарання, з іншого. Оплата цих послуг відбуватиметься за рахунок бюджетних коштів.

Розвиток взаємодії держави в особі її компетентних органів з окремими особами, громадськими інституціями тощо при виконанні покарань видається цікавою і перспективною ідеєю. Разом з тим засади такої взаємодії мають відповідати вітчизняним реаліям і бути ретельно обміркованими. Адже проти «комерціалізації» відносин, пов'язаних із виконанням покарань, можна навести низку вагомих аргументів. Це, зокрема: 1) чинник корупційної складової у відносинах між органами державної влади та суб'єктами господарської діяльності й особливо в контексті освоєння бюджетних коштів; 2) низький рівень правової культури населення; 3) значне нівелювання карального (правообмежувального) впливу покарання, оскільки воно підміняється договірними відносинами, спрямованими на одержання прибутку від реалізації програм відбування покарань; 4) серйозні юридичні, організаційні та технічні перепони (режим в установах відбування покарань, правовий режим вогнепальної зброї та спеціальних засобів, стандарти поведінки з засудженими тощо).

Більше того: ознайомлення з відповідним зарубіжним досвідом засвідчує його неоднозначність і загалом негативне ставлення до ідеї «приватизації» установ відбування покарань. Наприклад, у США останніми роками спостерігається зменшення кількості приватних в'язниць унаслідок організаційних та фінансових проблем; деякі тюрми повертаються в управління пенітенціарних служб штатів і Федерального бюро тюрем. У Канаді дві раніше створені приватні в'язниці на сьогодні повернуті в державне управління. У Великобританії в при-

ватних в'язницях перебуває не більше 15% від усіх засуджених до позбавлення волі; при цьому проведення тендерів на надання таких «кримінально-виконавчих» послуг державі традиційно супроводжується гучними скандалами і масовими акціями протесту. Верховний Суд Ізраїлю у 2009 р. визнав неконституційним закон про запровадження приватних виправних установ 2004 р., оскільки цей нормативний акт істотно порушує право засуджених на особисту гідність, а також позбавляє державу монополії на застосування примусу до правопорушника. У черговий раз переконуємось в тому, що доречним і перспективним є критичне осмислення зарубіжного досвіду, вибіркове і творче запозичення його окремих елементів.

До основних причин кризи у сфері виконання покарань І.Я. Яковець віднесла в тому числі «певне призупинення розвитку науки кримінально-виконавчого права» [1, с. 10, 21, 59]. Звичайно, не можна не погодитись з тим, що відповідні наукові дослідження мають бути більш якісними, фундаментальними, не повинні розмінюватися на дрібниці і носити характер повторних, описових, розрахункових та інших псевдонаукових робіт. Однак навіть з урахуванням певних негативних тенденцій, які намітились у науці кримінально-виконавчого права, занадто категоричним виглядає твердження І.Я. Яковець про відсутність чітких наукових концепцій наукових проблем і переважно прикладний характер п'ятдесяти трьох кандидатських дисертацій і двох докторських дисертацій у галузі кримінально-виконавчого права, захищених в Україні з 1991 р. до січня 2013 р. [1, с. 22–23]. Переконалими у тому, що серйозні узагальнюючі оцінки якості монографічних (у тому числі дисертаційних) робіт із кримінально-виконавчого права можуть і повинні даватись лише за результатами самостійних і розгорнутих наукознавчих досліджень на кшталт тих, що вже проведені у вітчизняному кримінальному праві [3; 4]. До того ж позиція щодо оцінки творчої спадщини попередників виглядає дещо непослідовною, адже І.С. Яковець, незважаючи на заявлену критичну позицію, констатує нагальну потребу розробки моделі оптимізації процесу виконання покарань, зокрема з урахуванням попередніх наукових здобутків [1, с. 29]. Можливо, наука кримінально-виконавчого права в чомусь і завинила перед вітчизняною пенітенціарною практикою, однак вбачати в цьому одну з основних причин кризи у сфері виконання покарань я б не став: писати так – означає явно перебільшувати вплив юридичної науки на стан правозастосовної практики.

1. Яковець І. С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Яковець Ірина Станіславівна. – Х., 2014. – 416 с.
2. Засоби виправлення і ресоціалізації засуджених до позбавлення волі : монографія / А. Х. Степанюк, І. С. Яковець, О. В. Лисодєд та ін. / за ред. д.ю.н., проф. А. Х. Степанюка. – Х. : Кроссрууд, 2011. – 326 с.
3. Хиліук С. В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання особливої частини) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Хиліук Світлана Володимирівна. – Львів, 2007. – 306 с.
4. Галабала М. В. Розвиток науки кримінального права України в період після відновлення державної незалежності (питання загальної частини) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Галабала Маркіян Васильович. – Львів, 2013. – 261 с.

СПЕЦІАЛЬНА КОНФІСКАЦІЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ¹

Своїм завданням Кримінальний кодекс України (далі – КК) має правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1 КК). Для здійснення цього завдання КК визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, котрі їх вчинили (ч. 2 ст. 1 КК). З наведеного випливає, що засобами (причому єдиними) виконання кримінальним законом його основного (охоронного) завдання є криміналізація і пеналізація. Насправді до осіб, які вчиняють злочини та інші суспільно небезпечні діяння, передбачені КК, можуть застосовуватись не тільки покарання. Одним із відмінних від покарання заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до порушників кримінально-правових заборон (і не лише до них), є спеціальна конфіскація, яка за термінологією чинного КК України може вважатись (хоч і не повністю) іншим кримінально-правовим наслідком вчиненого злочину.

Згідно з ч. 6 ст. 41 Конституції України конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Розвиток цього положення знаходимо в ст. 354 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), в якій визначено, що: до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом; конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно, а її обсяг і порядок встановлюються відповідним законодавством. Виходить, що конфіскація в загально-правовому сенсі характеризується такими ознаками: 1) безоплатність вилучення майна; 2) предмети, що конфіскуються, перебувають у власності суб'єкта на законних підставах; 3) результатом застосування конфіскації є перехід права власності на майно від того чи іншого суб'єкта до держави; 4) конфіскація призначається тільки за рішенням суду. Відповідно, всі інші випадки вилучення майна, звернення його в дохід держави чи інших суб'єктів тощо конфіскацією йменуватись не повинні (нижче буде показано, що в Україні це не завжди так).

Із назви ст. 96-1 КК випливає, що цей захід кримінально-правового характеру є «спеціальним» видом конфіскації майна, а отже, йому мають бути притаманні всі ознаки конфіскації майна в загально-правовому сенсі; поряд із ними вона повинна характеризуватись ще якимись «спеціальними» ознаками. Інакше кажучи, поняття «конфіскація майна» та «спеціальна конфіскація» мають співвідноситись між собою як родові та видові поняття, а системи норм, що регламентують зазначені правові явища, – як інститут і підінститут. Проте, якщо порівняти положення ч. 6 ст. 41 Конституції та ст. 354 ЦК, які встановлюють загальні (родові) ознаки конфіскації майна, з одного боку, та положення статей 96-1 та 96-2 КК, які визначають зміст спеціальної конфіскації, з іншого, то доводиться констатувати, що остання відповідає лише двом загальним характеристикам конфіскації майна: вона застосовується виключно за рішенням суду; конфісковане майно безоплатно переходить у власність держави. Всі інші обов'язкові ознаки конфіскації майна у загально-правовому сенсі не притаманні спеціальній конфіскації, у зв'язку з чим цей законодавчий термін певною мірою може вважатись умовним.

1. Вирішення питання про правову природу спеціальної конфіскації до ухвалення Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»

До ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон України від 18 квітня 2013 р.) спеціальна конфіскація як правовий засіб вирішення питання про речові докази в кримінальному провадженні регламентувалась приписами КПК України 1961 р. У ст. 78 і ст. 81 цього Кодексу йшлося про те, що гроші, цінності та інші предмети, нажиті чи здобуті злочинним шляхом, передаються в дохід держави, а знаряддя чи засоби вчинення злочину, які належать винному, конфіскуються чи підлягають знищенню. Водночас у низці санкцій норм Особливої частини КК передбачався (передбачається і зараз) обов'язок здійснити конфіскацію певних предметів – знарядь вчинення злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом, тощо (наприклад, статті 176, 177, 201, 203-1, 203-2, 204, 209, 240, 246, 248, 249, 305 КК). Санкції понад 60-ти статей (частин статей) Особливої частини чинного КК передбачають конфіскацію окремих видів майна. Через таку неоднозначну законодавчу позицію в теорії кримінального права тривала досить жвава дискусія щодо правової природи та процесуального значення спеціальної конфіскації. Цілком слушні питання формулював з цього приводу В.І. Тютюгін: чи є спеціальна конфіскація видом покарання, особливим заходом кримінально-правового впливу чи процесуального примусу? Якщо це вид покарання або інший кримінально-правовий захід, то чому в такому разі підстави і порядок його призначення не врегульовані Загальною частиною КК України? [1].

¹ Стаття опублікована: Юридичний вісник України. – 6–19 грудня 2014 р. – № 49–50; 20 грудня 2014 р. – 2 січня 2015 р. – № 51–52; 3–23 січня 2015 р. – № 1–2.

Одна група дослідників [2] вказувала на необхідність відмежування конфіскації майна як виду покарання від спеціальної конфіскації, яка полягає в примусовому безоплатному вилученні в дохід держави знарядь, засобів або предметів злочину, а також грошей, цінностей, інших речей, нажитих (здобутих) злочинним шляхом, навіть у тих випадках, коли таке вилучення передбачене в санкціях статей КК. До речі, така точка зору була пануючою і в радянській кримінально-правовій доктрині [3]. Увага при цьому зверталась, зокрема, на те, що: 1) оскільки спеціальна конфіскація не є покаранням, на неї не поширюються умови призначення конфіскації майна як виду покарання, закріплені в ч. 2 ст. 59 КК; 2) спеціальна конфіскація повинна застосовуватись незалежно від вказівки на це законодавця в санкціях кримінально-правових норм; 3) спеціальна конфіскація, змістом якої є остаточне позбавлення права власності на відповідне майно, має регламентуватись як кримінально-правовий захід, а не в кримінально-процесуальному законодавстві, яке може передбачати лише тимчасові обмеження прав та свобод людини, обумовлені необхідністю розслідування та судового вирішення кримінальної справи; 4) на майно, здобуте злочинним шляхом, у того, хто вчинив злочин, право власності не виникає (нагадаю, що відповідно до ст. 328 ЦК право власності набувається на підставах, що не заборонені законом), а отже, вилучення цього майна як таке, що не здатне обмежувати право засудженого, не є карою і немає достатніх підстав називати покаранням – конфіскацією.

У розвиток останнього положення хотілось б зазначити, що спеціальній конфіскації може підлягати майно, яке належить засудженому на законних підставах та яке визнається, наприклад, предметом злочину або знаряддям чи засобом його вчинення. Та обставина, що певне майно використовувалось особою як засіб або знаряддя вчинення злочину чи виступало як його предмет, не позбавляє особу права власності на це майно. На мій погляд, точка зору, згідно з якою вилучення в особи майна, що використовується нею для заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, не може розглядатись як обмеження прав і свобод особи, тобто як покарання [4], не впливає із законодавчого визначення поняття покарання (ч. 1 ст. 50 КК). З іншого боку, складно погодитись із тим, що спеціальна конфіскація як примусовий захід кримінально-правового впливу, відмінний від покарання, не має і не повинна носити в майбутньому характер правообмеження. Фактично у випадку конфіскації майна, належного засудженому на праві власності, її зміст складає майнове правообмеження; у випадку конфіскації майна, отриманого в результаті вчинення злочину, вона передбачає фактичне відібрання майна, що перебуває в незаконному володінні [5].

Принагідно вкажу на помилковість непризначення покарання у виді конфіскації майна з тієї причини, що майно не було нажите злочинним шляхом. Полемізуючи з Т.В. Непомнящою, котра стверджує, що конфіскації підлягає саме те майно, яке здобуте злочинним шляхом, а не в процесі трудової діяльності [6], Н.О. Лопашенко цілком слушно заважує, що конфіскація як вид покарання застосовується щодо всього майна засудженого. Вчинення ним тяжкого або особливо тяжкого корисливого злочину зовсім не виключає того, що до цього засуджений вів законотворчий спосіб життя [7]. Ю.А. Пономаренко також наголошує на тому, що при застосуванні конфіскації майна як додаткового покарання особа, яка вчинила злочин, обмежується в праві власності на певне майно, яке вона придбала на законних підставах. Вимога про законність походження майна пояснюється тим, що лише на таке майно може виникнути право власності, яке і вражається конфіскацією [8]. Показово у зв'язку з цим, що в цивільно-правовій літературі поняттям конфіскації як однієї з підстав припинення права власності не охоплюються випадки обороту в дохід держави об'єктів безпідставного збагачення (хабарів, прибутків від незаконної підприємницької діяльності тощо) [9].

Варто зазначити, що думки фахівців, які обстоювали положення про невизнання спеціальної конфіскації покаранням, не відзначались однотайністю. Так, В.М. Бурдін, виходячи з того, що спеціальна конфіскація носить характер процесуального примусу і достатньо чітко регламентується в ст. 78 і ст. 81 попереднього КПК України, пропонував виключити вказівку на неї із санкцій кримінально-правових норм [10]. Подібним чином розмірковував В.О. Навроцький, зазначаючи, що інститут спеціальної конфіскації краще регламентувати в кримінально-процесуальному законодавстві тоді, як у КК передбачити тільки загальну конфіскацію – вид покарання [11]. Імпонував такий підхід В.М. Куцу та О.В. Єрмаку [12]. Називаючи регламентовану КПК спеціальну конфіскацію «кримінально-процесуальною», О.К. Марін визначав її співвідношення із передбаченою ст. 59 КК України «кримінально-правовою» конфіскацією як колізію, що має вирішуватись законодавчим шляхом [13]. Прибічниками положення про кримінально-процесуальну природу спеціальної конфіскації наразі виступають, зокрема, К.А. Новікова [14], а також Л.В. Дорош і В.В. Федосєєв, які водночас розгорнуто і переконливо спростовують тезу про належність спеціальної конфіскації до покарань [15].

О.Я. Кондра вказував, що спеціальна конфіскація не може виконувати завдання кримінально-правової охорони, оскільки вона настає лише постфактум і лише за спеціальних умов наявності певних речей матеріального світу, якими завдається шкода об'єкту. Сам же об'єкт кримінально-правової охорони спеціальна конфіскація охороняти не може та слугує для виконання двох основних завдань: 1) не дати збагатитися за рахунок незаконно здобутого майна, яким було завдано шкоди об'єкту (наприклад, конфіскація незаконно впольованих тварин); 2) вилучити з володіння майно, яке взагалі не може перебувати у володінні на загаль-

них підставах (конфіскація наркотичних засобів, їх аналогів чи прекурсорів тощо). Стверджувалось, що якби спеціальна конфіскація мала кримінально-правову природу, вона була б неможливою у випадку винесення виправдувального вироку, оскільки якщо немає злочину, то, відповідно, немає і кримінально-правових відносин. Натомість чинне законодавство і практика його застосування свідчили про можливість спеціальної конфіскації навіть при винесенні виправдувального вироку (наприклад, у зв'язку відсутністю складу злочину). Тобто для спеціальної конфіскації наявність кримінально-правових відносин не мала значення, для неї буває достатнім здійснення процедури кримінального переслідування [16].

Наведені аргументи, покликані спростувати тезу про кримінально-правову природу спеціальної конфіскації, цікаві, проте не переконують і змушують згадати те, які саме відносини становлять предмет кримінального права. Мені особисто імпонує підхід, у межах якого кримінально-правові відносини поділяються на: 1) загально-регулятивні (пов'язані із криміналізацією та пеналізацією діянь, небезпечних для суспільства, і виникають за наявності двох основних умов – набрання кримінальним законом чинності і досягнення особою певного віку); 2) охоронні (виникають внаслідок вчинення злочину і «розриву» загально-регулятивних відносин); 3) конкретно-регулятивні (впливають із діянь, що не є злочинами, але із зовнішнього боку нагадують їх, та із посткримінальної поведінки особи) [17]. Тобто неправильно зводити предмет кримінально-правових відносин лише до кримінальної відповідальності. Уточню, що охоронні кримінально-правові відносини варто пов'язувати не тільки із вчиненням злочину, а і з суспільно небезпечними діяннями неосудної особи та особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Обґрунтовано відносячи примусові заходи медичного і виховного характеру до згаданих у ч. 3 ст. 3 КК інших кримінально-правових наслідків, В.І. Борисов і В.С. Батиргарєєва пишуть, що в цьому разі створюється враження про вихід кримінального закону за межі своєї «компетенції». Однак застосування вказаних заходів пов'язане з вчиненням суспільно небезпечних діянь, і це вказує на правомірність їх «вмонтування» в кримінально-правову матерію [18]. Не сприймаючи теоретичну позицію (її обстоює, зокрема, О.В. Наден [19]), згідно з якою норми, покликані регулювати відповідні суспільні відносини, не є кримінально-правовими, зауважу, що немає достатніх підстав і для твердження про застосування спеціальної конфіскації поза кримінально-правовими відносинами.

Не визнаючи спеціальну конфіскацію покаранням, А.А. Музика та О.П. Горох вказували, що цей захід не закріплений у ст. 51, і при його застосуванні не беруться до уваги ні ступінь тяжкості вчиненого злочину, ні особа винного, ні обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, як це відбувається при призначенні покарання. На цій підставі науковці називали погляди авторів, які вважали спеціальну конфіскацію майна покаранням, некоректними. А.А. Музика та О.П. Горох висловлювалися за доповнення КК статтею, яка б визначала спеціальну конфіскацію та підстави її застосування. При цьому положення, які передбачають спеціальну конфіскацію, із санкцій статей Особливої частини КК пропонувалось виключити [20].

М.І. Хавронюк писав, що в деяких випадках спеціальна конфіскація (а саме конфіскація (вилучення) та знищення певних предметів, знарядь, сировини і матеріалів для їх виробництва) належить до передбачених ч. 3 ст. 3 КК інших кримінально-правових наслідків вчинення злочину, до яких слід відносити будь-які примусові заходи кримінально-правового характеру, здатні поліпшити чи погіршити становище особи. Спеціальна конфіскація характеризувалась згаданим науковцем як типовий захід безпеки, що не носить явно репресивного характеру, має на меті насамперед спеціальну превенцію і може бути застосований поза кримінальною відповідальністю [21]. Виділяючи в системі кримінально-правових заходів протидії злочинності заходи безпеки, І.М. Горбачова пропонувала віднести до них (поряд із примусовими заходами виховного і медичного характеру, примусовим лікуванням, опублікуванням вироку, позбавленням права на керування транспортним засобом тощо) спеціальну конфіскацію [22]. За віднесення спеціальної конфіскації майна до заходів безпеки, що передусім мають регулюватись нормами матеріального кримінального права, – до відмінних від покарання заходів кримінально-правового характеру висловлювалися і інші вітчизняні автори [23].

Не можна сказати, що наведена точка зору з питання про правову природу спеціальної конфіскації користувалась одностайною підтримкою. Так, проти розуміння спеціальної конфіскації як заходу безпеки виступили парламентські експерти. У висновку Головного науко-експертного управління Апарату Верховної Ради України (далі – ВРУ) на законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України)» (реєстраційний № 2803 від 15 березня 2013 р.; законопроект згодом ухвалений як Закон України від 18 квітня 2013 р.) зазначалось, що складно зрозуміти, яким чином може запобігти вчиненню нових злочинів конфіскація предметів злочину або майна, одержаного внаслідок злочину, або доходів від такого майна, вилучення «перетвореного майна», або вартості «перетвореного майна» та доходів від нього, конфіскація вартості проданого чи спожитого майна, одержаного внаслідок злочину. Навіть конфіскація засобів та знарядь вчинення злочину не завжди буде виконувати ту функцію, яку мають забезпечувати заходи безпеки. З огляду на це, навіть у випадку, коли буде визнане за доцільне запровадити в КК спеціальну конфіскацію як захід безпеки, писали парламентські експерти, положення законопроекту слід доопрацювати з метою вилу-

чення з нього згадувань про ті випадки спеціальної конфіскації, які не можуть розглядатись як заходи безпеки. Крім цього, інтерпретація спеціальної конфіскації як заходу безпеки не узгоджується з тією обставиною, що цей захід у законопроекті пропонувався здійснювати поряд з покаранням винної особи, а не замість нього.

Міркування О.С. Пироженка дозволяють частково поставити під сумнів правильність наведених вище міркувань. Так, вилучення знарядь і засобів промислу (знарядь і засобів вчинення злочину) при незаконному зайнятті рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК) у сукупності з основним покаранням (наприклад, штрафом) у майбутньому позбавляє можливості знову вчиняти аналогічні злочини, оскільки повторне придбання конфіскованих предметів вимагатиме значних фінансових витрат (спеціальне попередження) [24]. Про це саме веде мову і В.С. Батирагарєєва: «... дієвий запобіжний ефект має конфіскація знарядь, засобів, обладнання та ін., спеціально пристосованих для вчинення злочину або тих із них, що, володіючи необхідними споживчими якостями, полегшили його вчинення» [25]. Вже із сказаного зрозуміло, що мають рацію ті дослідники (зокрема, Н.А. Орловська [26]), які констатують різноманітність (неоднорідність) цілей спеціальної конфіскації, визнаючи останню заходом і безпеки, і компенсації, і реституції.

Інша група науковців [27] вказувала на те, що спеціальна конфіскація встановлена в санкціях статей, передбачена після слова «карається» і має ознаки покарання, а тому законодавець помилково не включив її до системи покарань. Цю «помилку» пропонувався виправити шляхом законодавчого закріплення статусу спеціальної конфіскації як виду покарання, яке мало б замінити собою існуючу в КК конфіскацію майна. Так, на думку М.М. Панова, правові підстави, за яких застосовується спеціальна конфіскація, можуть бути поділені на два види: 1) кримінально-правові (випадки, коли спеціальну конфіскацію безпосередньо передбачено в санкціях статті Особливої частини КК); 2) кримінально-процесуальні (випадки, коли вирішується питання про речові докази на підставі статей 78 і 81 КПК України). Однак у будь-якому разі спеціальна конфіскація виконує функції додаткового покарання, оскільки: 1) вона є заходом примусу, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винуватою у вчиненні злочину, і полягає в обмеженні прав і свобод засудженого; 2) спеціальна конфіскація підвищує репресивний ефект основного покарання, адже винна особа позбавляється певного майна (часто це достатньо цінне майно), що належить їй на праві власності; 3) у всіх випадках спеціальна конфіскація виконує важливу превентивну функцію, бо вона спрямована на запобігання новим злочинам, особливо тим, що вчиняються з використанням певних засобів чи знарядь, а це повністю збігається із завданням кримінального закону (ст. 1 КК України), а також з метою покарання (ч. 2 ст. 50 КК України) [28].

Виступаючи за закріплення спеціальної конфіскації в КК України не як заходу безпеки, а як додаткового покарання, К.П. Задоя писав, що спеціальна конфіскація має застосовуватись судом залежно від обставин конкретної справи на підставі положень Загальної частини КК, що узгоджувалось б із відповідними нормами Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини та практикою ЄСПЛ [29].

2. Спеціальна конфіскація в міжнародно-правових актах і зарубіжному законодавстві

Загалом конфіскація засобів (знарядь) вчинення злочину і предметів, здобутих злочинним шляхом, є правовим заходом, що відповідає приписам міжнародного законодавства. Поява норм, присвячених спеціальній конфіскації, у вітчизняному кримінальному законодавстві значною мірою стала результатом ратифікації Україною низки міжнародних конвенцій, в яких зазначена конфіскація розглядається як важливий матеріально-правовий елемент протидії злочинності – наркоторгівлі, корупції, організованій злочинності, відмиванню брудних доходів тощо.

Так, ст. 5 Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р. передбачає конфіскацію: доходів, отриманих в результаті вчинення відповідних правопорушень або власності, вартість якої відповідає таким доходам; наркотичних засобів і психотропних речовин, матеріалів та обладнання чи інших засобів, що використовувалися або призначалися для використання яким-небудь чином при вчиненні цих правопорушень; власності, а не доходів, коли доходи були перетворені або змінені на іншу власність; надходжень або іншого прибутку, отриманих від доходів, власності, на яку були перетворені або змінені доходи, власності, до якої були залучені доходи.

У ст. 8 Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р. передбачено, що держави-учасниці відповідно до свого внутрішнього законодавства можуть вживати необхідних заходів для конфіскації коштів, які використовувались або були виділені з метою вчинення злочинів, зазначених у ст. 2 цієї Конвенції, і надходжень, отриманих в результаті таких злочинів.

Згідно зі ст. 2 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, 1990 р., кожна держава-учасниця Конвенції повинна вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення її спроможності конфісковувати засоби і доходи, одержані злочинним шляхом або власність, вартість якої відповідає таким доходам. У Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму 2005 р.

вказується, що кожна Сторона забезпечує свою спроможність здійснювати пошук, відстежувати, визначати, заблоковувати, заарештовувати і конфісковувати майно законного або незаконного походження, використане або призначене для використання будь-яким чином цілком або частково для фінансування тероризму, або доходи, одержані в результаті цього злочину, та забезпечити з цієї метою співробітництво в якомога більшому обсязі. Цікаво, що в останній із згаданих конвенцій конфіскація розуміється як покарання або захід, призначений судом після розгляду справи стосовно злочину чи злочинів, результатом якого є остаточне позбавлення майна. Таким чином, питання визначення правового статусу заходу, який ми традиційно характеризуємо як спеціальну конфіскацію, є прерогативою національного законодавця.

У ст. 31 Конвенції ООН проти корупції 2003 р. говориться про те, що кожна держава – учасниця вживає максимальною мірою, можливою в рамках її внутрішньої правової системи, заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливої конфіскації: 1) доходів від злочинів, визначених цією Конвенцією, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів; 2) майна, обладнання та інших засобів, які використовувались або призначалися для використання під час вчинення злочинів, визначених Конвенцією. Встановлено, що якщо доходи від злочинів були перетворені (частково або повністю) в інше майно, заходи, зазначені в ст. 31 Конвенції, застосовуються до такого майна. Якщо доходи від злочинів були долучені до майна, придбаного із законних джерел, то конфіскації має підлягати та частина майна, яка відповідає оціненій вартості долучених доходів. При цьому конфіскація визначається як остаточне позбавлення майна за постановою суду або іншого компетентного органу.

Тут не буде зайвим нагадати, що вельми злободенною для сучасної України є проблема імплементації положень Конвенції ООН проти корупції 2003 р. про конфіскацію майна, здійснювану поза кримінальним провадженням. Застосування спеціальної конфіскації в правовій системі України поза кримінальним провадженням неможливе, хоча певні конфіскаційні наслідки порушення публічно-правових норм передбачено у регулятивному (зокрема, цивільному та господарському) законодавстві України. Відповідно ж до п. 8 ст. 31 Конвенції ООН проти корупції держави – її учасниці можуть запровадити вимогу, щоб особа, яка вчинила злочин, доводила законне походження доходів, ймовірно отриманих внаслідок злочину, або іншого майна, що підлягає конфіскації, – тією мірою, якою ця вимога відповідає, зокрема, основоположним принципам внутрішнього законодавства країни. Вважається, що наведене положення треба відрізнити від скасування тягаря доказування стосовно елементів складу злочину, що безпосередньо стосується принципу презумпції невинуватості.

Багато сучасних держав, узгоджуючи національне законодавство з міжнародно-правовими стандартами, сприйняли ідею презумпції злочинного походження майна, належного особі, засудженій за вчинення певних злочинів (пов'язаних з наркотиками, організованою злочинністю, відмиванням «брудних» доходів тощо). Тягар доказування законності походження майна в цьому разі покладається на засудженого після того, як обвинувачення встановить, що у володінні особи знаходиться майно, вартість якого непропорційна її законним доходам. Вважається, що законодавче запровадження положення про незаконне збагачення як про оспорювану і, врешті-решт, нелегітимну власність означатиме розумне посилення публічних засад у цивільному праві. Тим більше, що практика ЄСПЛ, а також держав, які протягом тривалого часу застосовують цивільну конфіскацію, підтверджує неспроможність доводів про те, що конфіскація в цивільно-правовому порядку порушує право на справедливий судовий розгляд і право власності. Адже володілець майна, як ніхто інший, обізнаний про джерела походження свого майна і може легко продемонструвати їх законність. Пропонований шлях удосконалення законодавства, який дозволятиме не чіпати конституційний принцип презумпції невинуватості, є більш перспективним, ніж удосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як окремих корупційний злочин.

У ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплено принцип безперешкодного користування власністю, встановлено, що позбавлення майна повинно бути обумовлене низкою умов, а також визнано, що держави-учасниці мають право, серед іншого, контролювати використання власності у відповідності з інтересами суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають необхідними для цієї мети. Останнє правило засвідчує, що конфіскація встановлюється з метою здійснення контролю за використанням майна, а не для кари, яка виражається в позбавленні особи такого майна, як це закріплено у КК України (ч. 2 ст. 50). У переважній більшості справ ЄСПЛ розглядає конфіскацію в контексті майна, одержаного в результаті вчинення злочину або такого, що мало безпосередній зв'язок зі злочинном (такий підхід відповідає розумінню спеціальної конфіскації в Україні).

Як слушно зазначається в літературі, в міжнародно-правових документах закріплено обов'язок держав урегулювати в своєму національному законодавстві вилучення майна, отриманого злочинним шляхом, доходів від такого майна, засобів вчинення злочину, в тому числі у випадках, коли майно, що підлягає вилученню, перетворене в інше майно або приєднане до іншого майна. Конкретне нормативне втілення міжнародних зобов'язань щодо такої конфіскації здійснюється кожною державою самостійно [30]. Норми міжнародних конвенцій, спрямованих на боротьбу зі злочинністю, фіксують обов'язок держав-учасниць договорів пере-

бачити в своєму національному законодавстві можливість здійснення відповідних конфіскаційних процедур, але водночас вони не описують їх особливостей [31]. Складно не погодитись із Т.Г. Понятовською в тому, що за умови достатнього розроблення та якісного юридичного оформлення конфіскація майна може ефективно функціонувати в будь-якій якості – і як покарання, і як захід безпеки (інший захід кримінально-правового характеру) [32].

Тому і не дивно, що правова природа аналізованого заходу за законодавством різних країн відзначається багатоманітністю – це і вид покарання, і додатковий наслідок покарання, і захід безпеки, і інший захід кримінально-правового впливу, і кримінально-процесуальний інститут. Наприклад, КК Литви, який передбачає тільки основні покарання і не знає додаткових, виділяє заходи карального впливу, види яких визначені в спеціальній главі (IX) Загальної частини. Одним із таких заходів є конфіскація майна, яке було знаряддям, засобом чи результатом кримінального правопорушення. При цьому майно, передане іншим особам, підлягає конфіскації незалежно від їх притягнення до кримінальної відповідальності, якщо: 1) воно було надано в їх власність для вчинення злочинного діяння; 2) при набутті майна вони знали або повинні були і могли знати, що це майно отримане в результаті злочинного діяння. Якщо майно, що підлягає конфіскації, відсутнє, суд стягує з винного, його спільників та інших осіб відповідну грошову суму. Згідно з КК Литви спеціальна конфіскація може бути застосована поряд із покаранням.

У РФ конфіскація майна як вид покарання була скасована в 2003 р., однак вже в 2006 р. знову з'явилась у КК РФ, однак як спеціальна конфіскація – інший захід кримінально-правового характеру. Фактично російський законодавець запровадив відому більшості європейських країн «двоколіїну» систему кримінально-правових санкцій. Якщо при застосуванні конфіскації як виду покарання вилучалося майно, яке законно нажите засудженим або яке не використовується для вчинення злочину, то при застосуванні «нової» конфіскації відбувається відчуження майна, яке здобуте злочинним шляхом або яке використовується для порушення кримінально-правової заборони. «Нова конфіскація» змістовно включила в себе конфіскацію, яка раніше була кримінально-процесуальною [33].

До недавнього часу в більшості країн СНД спеціальна конфіскація визнавалась інститутом не кримінального, а кримінального процесуального права. Однак протягом кількох останніх років ситуація змінилась: норми, присвячені спеціальній конфіскації, з'явилися у кримінальних кодексах більшості цих країн. Лише у Вірменії, Грузії та Узбекистані спеціальна конфіскація згадується в кримінально-процесуальних нормах та, як правило, в контексті вирішення питань про долю речових доказів. Загалом законодавство країн СНД рухається шляхом заміни конфіскації як виду покарання конфіскацією як іншим заходом кримінально-правового характеру (заходом безпеки тощо), що застосовується тільки щодо майна, отриманого злочинним шляхом, доходів від цього майна і майна, що використовується як засіб (знаряддя) вчинення злочину. На сьогодні з країн СНД лише в кримінальному законодавстві України, Білорусі і Казахстану продовжують співіснувати положення, присвячені як звичайній конфіскації (виду покарання), так і спеціальній конфіскації [34].

3. Спеціальна конфіскація в КК України: поява і метаморфози

У 2013 р. український законодавець врешті-решт сприйняв аргументи тих вітчизняних дослідників, які вважали, що спеціальна конфіскація має стати різновидом кримінально-правового реагування – заходом кримінально-правового характеру, який потребує свого врегулювання в межах Загальної частини КК. Був зроблений черговий законодавчий крок (наскільки вдалий – інше питання) на шляху реалізації ідеї «багатолітності» правових наслідків кримінально караного діяння, яка полягає в поєднанні (співіснуванні, виокремленні) покарань і відмінних від них примусових заходів кримінально-правового характеру.

На підставі Закону України від 18 квітня 2013 р. назву розділу XIV Загальної частини КК було викладено в такій редакції: «Інші заходи кримінально-правового характеру», Кодекс доповнено ст. 96-1 «Спеціальна конфіскація» і ст. 96-2 «Випадки застосування спеціальної конфіскації» і, крім цього, в санкціях частини статей розділу XVIII Особливої частини КК з'явилося згадування про спеціальну конфіскацію. Остання первісно визначалась як примусове безоплатне вилучення за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна за умови вчинення злочину у випадках, передбачених в Особливій частині КК.

Таке законодавче визначення дозволяло стверджувати, що підставою застосування спеціальної конфіскації є фактичне закріплення спеціальної конфіскації в санкції статті (її частини) Особливої частини КК як заходу кримінально-правового характеру разом із встановленням покаранням, а умовою її застосування – вчинення особою злочину, ознаки якого описані в диспозиції тієї норми Особливої частини КК, санкцією якої передбачено цей захід кримінально-правового характеру [35]. Тому неточним слід визнати висловлювання Д.О. Балобанової про те, що первинна редакція ст. 96-1 КК передбачала застосування спеціальної конфіскації без обмежень за вчинені злочини [36].

Говорячи про законодавчу підкреслену «іншість» певних заходів, включаючи спеціальну конфіскацію, слід погодитись з Н.А. Орловською в тому, що спеціальна конфіскація є «іншим» заходом переважно щодо покарань, а також тих заходів, які не поєднані з нею у відповідному розділі Загальної частини КК України [37]. До таких заходів можуть бути віднесені, наприклад, примусові заходи виховного характеру.

Аналізуючи положення Закону України від 18 квітня 2013 р., А.О. Данилевський з приводу фрагментарного доповнення санкцій норм КК про відповідальність за службові та «прирівняні» до них злочини словосполученням «спеціальна конфіскація» ставив цілком слушне запитання: чи належать до спеціальної конфіскації інші види конфіскації, зазначені у статтях Особливої частини КК України (наприклад, конфіскація предметів контрабанди; наркотичних засобів; психотропних речовин, коштів, отриманих злочинним шляхом)? За суттю – так, але чому тоді вони називаються по-іншому? Як один із варіантів розв'язання проблеми пропонувалось виключити зі ст. 96-1 КК вказівку на передбачення спеціальної конфіскації в Особливій частині КК України та на будь-які види спеціальної конфіскації в санкціях статей Особливої частини КК [38]. Н.А. Орловська також звернула увагу на відсутність у цьому разі уніфікованої термінології. У зв'язку з використанням в інших нормах КК – тих, що передбачають «спеціальну конфіскацію старого формату», словосполучення «з конфіскацією та знищенням» (а не «спеціальною конфіскацією») авторка ставила слушне питання: чи не є спеціальна конфіскація іншим заходом кримінально-правового характеру лише для певної групи злочинів? [39].

З цього приводу у висновку Комітету ВРУ з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України)» (реєстраційний № 2803 від 15 березня 2013 р.; законопроект згодом ухвалений як Закон України від 18 квітня 2013 р.), підписаному народним депутатом України А.А. Кожем'якіним, зазначалось, що законопроектом пропонується запровадити спеціальну конфіскацію стосовно корупційних злочинів, вчинюваних із корисливих мотивів. Спеціальна ж конфіскація за інші злочини, передбачена окремими нормами Особливої частини КК, залишається. Змістовно це застереження сприймається, однак навряд чи воно може вважатись задовільним з погляду дотримання правил законодавчої техніки.

Якщо норми кримінального закону, викладені в редакції Закону від 18 квітня 2013 р. і присвячені спеціальній конфіскації, «прив'язувались» до випадків, передбачених Особливою частиною КК, то норми КПК України щодо спеціальної конфіскації за умови їх буквального тлумачення підлягали застосуванню у випадку вчинення будь-якого злочину. В.С. Батиргареєва справедливо зауважує, що в цьому разі йдеться про вилучення, здійснюване в порядку формування доказової бази, передбаченому нормами КПК, тобто про значно ширше коло випадків, які прямо не можна віднести до ситуацій, в яких підлягають застосуванню положення ст. 96-1 КК України [40]. Тобто між приписами КК і КПК вбачалась колізія, долати яку варто було в законодавчому порядку. Яким же чином вчинив наш законодавець?

На підставі Закону України від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон України від 13 травня 2014 р.) ст. 96-1 КК викладається в новій редакції, і наразі вона має такий вигляд: «Спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення злочину, передбаченого статтею 354 та статтями 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 розділу XVII Особливої частини цього Кодексу, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого зазначеними статтями». З огляду на сказане щонайменше здивування викликає таке висловлювання: «Аналіз норм чинного законодавства дає підстави стверджувати, що поняття «спеціальна конфіскація» не містить жодний нормативно-правовий акт» [41].

Створюється враження, що сферу застосування правового заходу, який законодавцем називається спеціальною конфіскацією, істотно скорочено: наразі вона (сфера) обмежується випадками кримінально-правового реагування на вчинення окремих корупційних злочинів. Таку ж думку висловлюють і інші автори, аналізуючи Закон України від 13 травня 2014 р.: «Спеціальна конфіскація майна (в тому числі грошових коштів) застосовується судом у випадках вчинення корупційних злочинів та діянь, що містять ознаки корупційних злочинів... З прийняттям Закону спеціальна конфіскація може застосовуватися судом винятково за умови вчинення злочинів у сфері боротьби з корупцією...» [42]. При цьому Д.О. Балобанова називає необґрунтованим обмеження можливості застосування спеціальної конфіскації тільки за злочини, передбачені статтями 354, 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 КК [43]. Подібним чином розмірковує О.С. Пироженко, який пише, що за логікою законодавця інші кримінально-правові наслідки вчинення злочинів, не пов'язаних із неправомірною вигодою (яких понад 50 встановлено в санкціях за злочини в різних розділах Особливої частини КК та в яких деталізовано предмет конфіскації), не є конфіскацією в значенні статей 96-1, 96-2 КК. Законом обмежено можливість застосування спеціальної конфіскації вичерпним переліком злочинів та необґрунтовано відокремлено її від інших (схожих за змістом), передбачених у санкціях статей КК наслідків, пов'язаних із конфіскацією конкретизованих предметів [44].

Як бачимо, серед вітчизняних дослідників не зустрічається прибічників іншого (порівняно з викладеним вище) тлумачення позбавленої чіткості ст. 96-1 КК, а саме: спеціальною конфіскацією має визнаватись правовий захід, що полягає у вилученні майна і вказаний як в Особливій частині КК взагалі, так і в статтях 354, 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 КК зокрема.

Таким чином, замість того, щоб усувати позначену вище колізію між приписами КК і КПК щодо регламентації спеціальної конфіскації, законодавець створив принаймні матеріально-правове підґрунтя для уникнення від спеціальної конфіскації в інших випадках (зрозуміло, крім випадків, безпосередньо передбачених санкціями норм Особливої частини КК), а з питання про правову природу спеціальної конфіскації, що знаходить відображення в нормах Особливої частини КК (крім її розділу XVIII), фактично повернувся до стану речей, існуючого до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р.

Виходить, що в чинному кримінальному законодавстві паралельно існують два види спеціальної конфіскації: 1) конфіскація певних предметів, передбачена санкціями норм Особливої частини КК (крім її розділу XVIII; щоправда, такий правовий захід *de lege lata* не повинен називатись спеціальною конфіскацією); 2) конфіскація майна як захід кримінально-правового впливу, що застосовується до осіб, які вчинили окремі корупційні злочини (спеціальна конфіскація у вузькому значенні цього поняття).

Цікаво, що в розробленому Кабінетом Міністрів України законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (реєстраційний № 4556 від 25 березня 2014 р.), згодом ухваленому як Закон України від 13 травня 2014 р., зазначалось, що спеціальна конфіскація застосовується у випадках, визначених КК України, за умови вчинення злочину або суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу. Таке визначення сфери застосування спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру, не будучи «прив'язаним» до корупційних злочинів, видавалось більш прийнятним порівняно з чинною редакцією ст. 96-1 КК. Згаданий законопроект у частині вирішення питань, пов'язаних із спеціальною конфіскацією, робив ще один крок уперед: цим документом, крім усього іншого, пропонувалось виключити згадування про конфіскацію та знищення конкретизованих різновидів майна з норм Особливої частини КК (відповідних частин статей 176, 177, 201, 203-1, 204, 209, 216, 229, 239-1, 239-2, 240, 244, 246, 248, 249, 300, 301, 305, 321-1, 332, 334, 361-1, 362, 363-1), а так само згадування про спеціальну конфіскацію із санкцій кримінально-правових норм про окремі корупційні злочини. Варто нагадати, що законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедур здійснення конфіскації» (реєстраційний № 9208 від 22 вересня 2011 р.) також передбачав виключення вказівок на прояви спеціальної конфіскації з норм Особливої частини КК. У випадку сприйняття такої пропозиції законодавцем була б реалізована конструктивна і підтримувана багатьма вітчизняними дослідниками [45] ідея надання спеціальній конфіскації статусу заходу кримінально-правового характеру, врегульованого не Особливою, а Загальною частиною КК України. Як слушно зазначає К.П. Задоя, оптимальним виходом була б можливість застосування судом спеціальної конфіскації незалежно від виду вчиненого злочину [46].

Дещо іншої точки зору дотримується Н.А. Орловська. На її думку, перелік предметів, які підлягають спеціальній конфіскації, не обов'язково має бути узагальненим, адже на ці предмети вказується в нормах Особливої частини КК України. Спеціальна конфіскація має бути універсальним заходом у тому плані, що вона (її різновиди) має включатися у всі санкції норм Особливої частини КК України, які цього потребують, на єдиних підставах та за однакових умов [47]. На мій погляд, різновиди майна, що підлягають спеціальній конфіскації, хоч і в загальному вигляді, проте вичерпно перераховані в ст. 96-2 КК України (про це йтиметься нижче), а тому зберігати вказівки на конкретні різновиди майна, яке підлягає вилученню і передачі у власність державі, в нормах Особливої частини КК України (і тим більше збільшувати кількість таких вказівок, посилюючи тим самим казуїстичність кримінального закону) навряд чи доцільно.

На користь пропозиції про виключення вказівки на спеціальну конфіскацію із норм Особливої частини КК хотілось б зазначити і те, що санкції цих норм мають визначати розмір і вид покарань, як про це йдеться у ч. 4 ст. 52, ст. 65 КК), і не включати відмінні від них заходи кримінально-правового характеру, зокрема, спеціальну конфіскацію. Ще М.Д. Дурманов писав, що санкція кримінально-правової норми включає тільки покарання, передбачені кримінальним законом як правові наслідки вчиненого злочину. Інші заходи, які згадуються в санкціях Особливої частини КК, не можна відносити до санкцій кримінально-правової системи [48].

4. Аналіз окремих положень Кримінального кодексу України, присвячених спеціальній конфіскації

Ч. 1 ст. 96-2 КК встановлює, що спеціальна конфіскація застосовується в разі, якщо гроші, цінності та інше майно: 1) одержані внаслідок вчинення злочину та/або є доходами від такого майна; 2) призначалися (використовувалися) для схилання особи до вчинення злочину, фінансування та/або матеріального забезпечення злочину або винагороди за його вчинення; 3) були предметом злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави; 4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання. Очевидно, що викладені законодавчі положення, які носять універсальний характер, не повною мірою узгоджуються з легальним визначенням поняття спеціальної конфіскації, розрахованим (про що говорилося

вище) лише на окремі корупційні злочини. До того ж самі ці законодавчі положення породжують запитання, пов'язані з точністю та адекватністю використаної термінології.

Так, стосовно речей, знаходження яких у правомірному обігу заборонено, більш прийнятним є поняття не конфіскації, а вилучення і передачі в дохід держави [49]. Видається, що це застереження буде прийнятним і стосовно майна, одержаного внаслідок вчинення злочину, адже права власності на це майно в злочинця виникнути не може. Так само міркує А.А. Гулий, на думку якого вилучення предметів, заборонених для обігу, як і майна, здобутого злочинним шляхом, не є конфіскацією, адже в цьому разі не відбувається притаманне конфіскації позбавлення права власності особи на майно [50].

Щодо законодавчого положення про перехід у власність держави майна – предмета злочину, якщо власника (законного володільця) майна не встановлено (п. 3 ч. 1 ст. 96-2 КК України), то в цьому випадку можна вести мову про зміну правової природи вилучення майна – з конфіскації на перехід у власність держави. Показово у зв'язку з цим те, що В.О. Гацелюк пише про наявність у розглядуваній ситуації субінституту «перехід у власність держави», який має своїм наслідком залишення власнику (законному володільцю) юридичної можливості вимагати повернення майна в цивільно-правовому порядку [51].

Положення статей 96-1 96-2 КК носять імперативний характер (на відміну, наприклад, від ч. 2 ст. 55 КК), і суд не просто має право, а зобов'язаний їх застосовувати. Варто звернути увагу і на те, що, на відміну від покарання, спеціальна конфіскація, яка застосовується як примусовий захід кримінально-правового впливу, не підлягає індивідуалізації – не враховується особа винного, ступінь тяжкості вчиненого ним злочину, обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, тощо. Однозначно оцінити такий законодавчий підхід, мабуть, неможливо. На підтвердження цієї тези наведу ситуацію, змодельовану В.С. Батиргарєєвою. Авторка веде мову про екскаватор, який особа зазвичай використовує для здійснення законних робіт, що є основним джерелом існування для цієї особи та її родини, і який одного разу використано особою для незаконного видобування корисної копалини – піску. Цей екскаватор як засіб вчинення злочину (ст. 240 КК) підлягає спеціальній конфіскації, однак у такому разі виникає низка питань, зокрема: чи відповідають межі соціальної справедливості, що відновлюється за допомогою застосування спеціальної конфіскації, тим обмеженням і позбавленням, якими супроводжуватиметься подальше життя не лише самого винного, а й інших осіб, відповідальність за долю яких він несе? Чи не буде порушено баланс між необхідністю застосування цього заходу і надмірністю наслідків від його застосування? [52]. Ознайомлення з практикою ЄСПЛ (зокрема, рішенням від 6 листопада 2008 р. у справі «Ісмаїлов проти Росії» [53]) наводить на думку про те, що безоплатне вилучення у власність держави екскаватора в порядку застосування спеціальної конфіскації в розглядуваній ситуації може бути визнане ЄСПЛ непропорційним заходом, що порушує справедливий баланс між інтересами суспільства і правами особи.

Спеціальній конфіскації підлягає і майно, яке є доходами від того майна, яке було одержане внаслідок учинення злочину (п. 1 ч. 1 ст. 96-2 КК). Це – будь-яке майно, одержане результаті користування чи розпорядження тим майном, яке було одержане внаслідок учинення злочину. Таким майном можуть бути грошові кошти, одержані внаслідок реалізації зазначеного майна, а також майно, одержане внаслідок його міни (бартеру).

Закріплене в п. 4 ч. 1 ст. 96-2 КК України положення допускає таке, що набуває вигляду конфіскації, припинення права власності на майно особи, яка знала, свідомо припускала або не знала, але могла і повинна була знати, що майно використовувалось як знаряддя або засіб вчинення злочину. Зрозуміло, що зазначене психічне ставлення саме по собі не засвідчує того, що власник (законний володільць) майна вчинив певне правопорушення. Отже, це законодавче положення допускає конфіскацію майна щодо особи, яка не вчиняла злочину або іншого правопорушення і, відповідно, суперечить ст. 354 ЦК, з якої випливає, що конфіскація майна є реакцією держави на вчинене суб'єктом правопорушення. Виходить, що спеціальна конфіскація може носити характер як санкції за вчинення правопорушення, так і своєрідного «побічного ефекту» (для третіх осіб) від діяння, вчиненого іншою особою. До речі, законопроектом «Про внесення змін до Кримінального та Цивільного кодексів України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні» пропонувалось внести зміни до ст. 354 ЦК, передбачивши в ній, що до особи може бути застосовано поряд із конфіскацією спеціальну конфіскацію. Вважалося, що це дозволило б узгодити положення вказаної цивільно-правової норми з існуючим в КК інститутом спеціальної конфіскації. Проте на сьогодні ст. 354 ЦК змін не зазнала.

Обов'язки власників майна визначені ЦК і ГК України. При цьому вказані кодекси не встановлюють обов'язку для власника здійснювати постійний контроль за тим, як належне їм майно використовують інші особи, яким воно було передано в користування (оренда, лізинг тощо), господарське відання чи оперативне управління. В окремих випадках це практично неможливо (особа передала в користування іншій особі автомобіль; після фактичної передачі такого майна вона втрачає реальну можливість здійснювати відповідний контроль). У випадку з юридичними особами реалізація цієї норми є неможливою «в принципі», адже не зрозуміло, як власник (особливо в юридичних особах корпоративного типу) може знати про зазначені обставини. На мою

думку, положення про те, що спеціальна конфіскація майна третіх осіб, яке є їх законною власністю та яке було використане іншими особами як засоби чи знаряддя вчинення злочину, виключається лише в тому випадку, коли такі особи «не знали і не могли знати про його незаконне використання», цілком може розраховувати на те, щоб стати предметом розгляду Конституційного Суду України.

З приводу ситуацій, подібних до розглянутої вище, В.О. Гацелюк слушно заважує, спеціальна конфіскація тяжіє до конфіскації *in rem* (відносно речі), на відміну від конфіскації майна фізичної або юридичної особи – конфіскації *in personam* (відносно особи). При конфіскації *in rem* об'єктом її застосування є «винне» майно незалежно від того, хто є його власником на момент конфіскації; остання є засобом захисту суспільства, не переслідує цілі покарання і має на меті вилучення з обігу майна, пов'язаного зі злочиним [54]. Про право держави зробити в своєму законодавстві акцент на процедурі *in rem* у протилежність процедурі *in personam* говориться в розробленому експертами міжнародних організацій ЮНОДК і ЮНІКРІ Технічному керівництві щодо здійснення Конвенції ООН проти корупції.

Встановити межу між випадками спеціальної конфіскації майна, описаними в пунктах 1 і 3 ч. 1 ст. 96-2 КК, інколи проблематично. Наприклад, майно, здобуте злочинцем унаслідок вчинення корисливого злочину проти власності, може одночасно розцінюватись і як таке, що одержане внаслідок вчинення злочину, і як предмет злочину. Пріоритет, вочевидь, має надаватись другому тлумаченню, адже воно допускає можливість повернення майна його власнику (законному володільцю). На користь пропонованого варіанту тлумачення кримінального закону вказує ситуація, описана в літературі. Так, застосування передбаченої ст. 209 КК конфіскації майна, одержаного злочинним шляхом, у випадку, коли є особи, які мають законні права на це майно, призводить до порушень прав законних володільців майна, передбачених міжнародними актами та Конституцією України [55].

Згідно з ч. 2 ст. 96-2 КК якщо гроші, цінності та інше майно, вказане в ч. 1 цієї статті, було повністю або частково перетворене в інше майно, спеціальній конфіскації підлягає перетворене майно. Якщо конфіскація майна на момент прийняття судом рішення про спеціальну конфіскацію неможлива внаслідок його використання або неможливості виділення з набутого законним шляхом майна, або відчуження, або з інших причин, суд виносить рішення про конфіскацію грошової суми, що відповідає вартості такого майна. Видається, що коректніше в цьому разі говорити про стягнення вартості майна, яке б підлягало конфіскації за його наявності. Натомість В.О. Гацелюк веде мову про субінститут так званої еквівалентної конфіскації, розуміючи під перетворенням майна як фізичну зміну форми існування певної речі, так і різні форми участі майна в цивільному або господарському обігу [56]. До того ж Конвенція ООН проти корупції також вказує саме на конфіскацію майна, вартість якого відповідає вартості доходів від злочинів, визначених цією Конвенцією. У будь-якому разі вадою ч. 2 ст. 96-2 КК є те, що закріплене в ній положення про так званий вартісноорієнтовний характер спеціальної конфіскації всупереч відповідним міжнародно-правовим рекомендаціям (йдеться передусім про Директиву Європейського Парламенту та Ради від 3 квітня 2014 року № 2014/42/ЄС «Про заморожування та конфіскацію засобів вчинення злочинів та доходів від злочинної діяльності у Європейському Союзі») не поширюється на майно, що виступає як знаряддя чи засоби вчинення злочину.

У ч. 3 ст. 96-2 КК передбачено, що спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання (крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності). Наведене положення, яке допускає конфіскацію не у зв'язку з обвинувальним вироком суду та яке зайвий раз засвідчує відмінність правової природи спеціальної конфіскації від правової природи покарання, з'явилося у КК на підставі Закону України від 13 травня 2014 р. До набрання останнім чинності спеціальна конфіскація не могла бути застосована, якщо суспільно небезпечне діяння не визнавалось злочиним (наприклад, особа не була суб'єктом злочину).

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, згодом прийнятий як Закон України від 13 травня 2014 р., розглядувана новела зазнала серйозної критики. У своїх міркуваннях парламентські експерти виходили з того, що єдиною підставою кримінальної відповідальності, а отже, застосування заходів кримінально-правового характеру є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (ч. 1 ст. 2 КК). Таку ж точку зору висловлює Д.О. Балобанова [57]. Не поділяючи такий підхід, зауважу, що кримінальна відповідальність є типовим (проте не єдиним) елементом у системі заходів кримінально-правового впливу, відомих чинному КК. Вище вже зазначалось, що факт застосування спеціальної конфіскації до осіб, які вчинили не злочин, а інше суспільно небезпечне діяння, не може свідчити про відсутність кримінально-правової природи аналізованого заходу. Крім того (і в цьому вбачається подібність між спеціальною конфіскацією, з одного боку, та примусовими заходами виховного і медичного характеру, з іншого), застосування спеціальної конфіскації може як мати, так і не мати відношення до реалізації кримінальної відповідальності. У випадках застосування спеціальної конфіскації до неосудного, особи, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або того, хто звільняється

від кримінальної відповідальності, спеціальна конфіскація виступає як альтернативний кримінальний відповідальності захід кримінально-правового впливу.

Як слушно зазначається в літературі, за аналогією застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, які (як і спеціальна конфіскація) за своєю природою є заходами кримінально-правового впливу, здійснюється без «прив'язки» до кримінальної відповідальності стосовно осіб, які не є суб'єктами злочину і такої відповідальності апріорі не підлягають [58]. Через те, що спеціальна конфіскація має дуалістичну кримінально-правову природу, вона може застосовуватися як додаток до однієї з форм кримінальної відповідальності або як самостійний кримінально-правовий захід, альтернативний кримінальній відповідальності [59].

Інакше критикує положення про можливість застосування спеціальної конфіскації до того, хто не є суб'єктом злочину, К.П. Задоя. На його думку, суспільно небезпечні діяння осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності, та суспільно небезпечна активність (пасивність) неосудних осіб не є правопорушеннями. Відповідно, положення про застосування спеціальної конфіскації щодо таких осіб не узгоджується з ч. 1 ст. 354 ЦК, згідно з якою конфіскація застосовується в разі вчинення особою правопорушення [60]. На мій погляд, діяння неосудних та осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, охоплюються поняттям правопорушення як суспільно небезпечного або шкідливого діяння, яке порушує норму права [61]. Показово, наприклад, що В.М. Куц висловлюється за визнання ексцесів неосудних та малолітніх кримінальними правопорушеннями [62], а Н.А. Орловська вказує на порушення кримінально-правової заборони особою, яка не є суб'єктом злочину [63].

Щодо ч. 3 ст. 96-2 КК зазначу і таке. Факт звільнення особи від кримінальної відповідальності, з одного боку, є свідченням того, що особа вчинила конкретний злочин (і цей факт має бути доведений), а, з іншого, що держава в особі суду у зв'язку з певними обставинами (статті 45–49 КК) відмовилась від застосування до порушника кримінально-правової заборони одного (хоч і основного) заходу кримінально-правового характеру – кримінальної відповідальності. Це, однак, не означає, що інші заходи (в тому числі спеціальна конфіскація) не можуть бути застосовані до особи, яка вчинила відповідний злочин. Аналогічною є ситуація зі звільненням особи від покарання, адже в цьому випадку держава відмовляється лише від одного з проявів реалізації кримінальної відповідальності. Винятком із цього правила є факт звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності, як про це прямо зазначено в ч. 3 ст. 96-2 КК. Хоча це і суперечить загальним засадам звільнення осіб від кримінальної відповідальності та суті «багатоколіїності» заходів кримінально-правового впливу, положення ч. 3 ст. 96-2 КК у цьому випадку мають пріоритет, оскільки є більш сприятливими для винуватого.

Ч. 3 ст. 96-2 КК не дає чіткої відповіді на питання, чи застосовується спеціальна конфіскація у випадку звільнення особи від відбування покарання (а не звільнення від покарання). З урахуванням того, що розглядуваний кримінально-правовий захід застосовується навіть при звільненні особи від кримінальної відповідальності, на поставлене питання треба давати ствердну відповідь.

У ч. 5 ст. 96-2 КК встановлено, що спеціальна конфіскація не застосовується до грошей, цінностей та іншого майна, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю) або призначені для відшкодування шкоди, завданої злочинцем. Таке законодавче положення дозволяє поставити під сумнів тезу В.С. Батиргарєєвої про те, що однією з цілей спеціальної конфіскації є відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, спричинених власнику (законному володільцю) [64]. Так само, як і автор цих рядків, міркує Н.О. Орловська, яка пише, що вважати спеціальну конфіскацію заходом, призначеним для компенсації шкоди або збитків потерпілій особі, не видається можливим; компенсація стосується лише держави [63]. Разом з тим слід відзначити, що В.С. Батиргарєєва послідовно обстоює широкі (кримінологічне) розуміння спеціальної конфіскації, стверджуючи, що для аналізу запобіжних можливостей того чи іншого заходу впливу на злочинність важливим є не розв'язання питання щодо правової природи цього заходу, а факт усунення перш за все матеріальної основи для продовження злочинної діяльності за допомогою вилучення у злочинців певного майна.

Згідно з ч. 4 ст. 96-2 КК гроші, цінності та інше майно, зазначені в цій статті, передані особою, яка вчинила злочин або суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого КК, іншій фізичній або юридичній особі, підлягають спеціальній конфіскації, якщо особа, яка прийняла майно, знала або повинна була знати, що таке майно одержано внаслідок вчинення злочину, передбаченого статтею 354, статтями 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 КК, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого зазначеними статтями. Викладене законодавче положення із змістовної точки загалом видається слушним. Не зовсім зрозумілим, щоправда, залишається те, чому воно має стосуватись лише спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру відносно осіб, які вчинили окремі корупційні злочини.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України про спеціальну конфіскацію

Крім двох видів спеціальної конфіскації, відомих КК, які є передбаченими матеріальним законом негативними наслідками для того, хто вчинив злочин (інше суспільно небезпечне діяння), є підстави (звичайно, з

певною часткою умовності) вести мову про спеціальну конфіскацію, урегульовану, як і раніше, КПК України. Маю на увазі розраховані на будь-які злочини положення про речові докази. Останніми визнаються матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 98 КПК). Кримінально-процесуальна конфіскація інколи визначається в літературі як інструмент розпорядження речовими доказами [65]. По суті, нормами кримінального процесуального права передбачається застосування спеціальної конфіскації [66].

Застереження про умовність виокремлення спеціальної конфіскації, передбаченої КПК, зроблено через те, що в КПК України від 13 квітня 2012 р. законодавець розмежовує спеціальну конфіскацію та вирішення питання про долю речових доказів, виходячи з того, що кожен із цих правових заходів має свій зміст. К.П. Задоя аргументує виправданість такого розмежування, виходячи з того, що спеціальна конфіскація становить собою інший захід кримінально-правового характеру (визначальними у цьому разі є положення ст. ст. 96-1, 96-2 КК), а вирішення питання про долю речових доказів є специфічним заходом кримінально-процесуального характеру. Стверджується, що прийнявши Закон України від 18 квітня 2013 р., законодавець унеможливив ототожнення спеціальної конфіскації та вирішення питання про долю речових доказів, натомість сконструювавши два різних за своїм характером правових заходи, один з яких є матеріально-правовим, а інший – процесуально-правовим. Беззастережна та остаточна відмова від процедури «вирішення питання про долю речових доказів», вважає дослідник, виглядає не виправданою. Однак на рівні КПК така процедура має фіксуватись в окремій частині ст. 100 КПК [67].

Дозволю собі не погодитись із Б.В. Волженкіним, який, аналізуючи законодавство РФ про конфіскацію як захід кримінально-правового характеру, називає неправильним тлумачення майна, що підлягає конфіскації, як речових доказів, оскільки таке майно нібито нічого не доказує [68]. Законодавець (як український, так і російський) традиційно визнає відповідні різновиди майна речовими доказами. Мені імпонує висловлювання про те, що майно, отримане злочинним шляхом, засоби вчинення злочину та майно, обіг якого заборонено чи обмежено, «злине» з доказами [69].

А.М. Яценко, прагнучи відмежувати спеціальну конфіскацію як захід кримінально-правового характеру від передбаченої КПК конфіскації, пише, що спеціальній конфіскації підлягають лише ті гроші, цінності та інше майно, які не є речовими доказами, і тільки у випадку, якщо вона передбачена у відповідній санкції статті Особливої частині КК [70]. Чинне законодавство України не дозволяє погодитись з першою виділеною ознакою. Насправді має місце перетинання конфіскацій у різних правових галузях [71], що може розглядатись як прояв дифузії галузей права. Щодо другої ознаки, то, як вже зазначалось, унаслідок ухвалення Закону України від 13 травня 2014 р. буквально тлумачення закону не дозволяє називати спеціальною конфіскацією вилучення майна у випадках, передбачених Особливою частиною КК України (за винятком її розділу XVIII).

Введення до КК положень про спеціальну конфіскацію ускладнило як процедуру здійснення конфіскації, так і встановлення співвідношення конфіскації, визначеної в ст. 100 КПК України, та конфіскації предметів, передбаченої нормами Особливої частини КК України [72]. Чітко не визначивши співвідношення між вилученням майна, здійснюваним на підставі кримінального і кримінально процесуального законодавця, законодавець водночас уніфікував процесуальний порядок такого вилучення.

Ч. 9 ст. 100 КПК продовжує слугувати матеріально-правовою підставою для вилучення пов'язаного із вчиненням злочину майна, і таке вилучення не є спеціальною конфіскацією. На мою думку, вдосконалена ч. 9 ст. 100 КПК, уособлюючи кримінально-процесуальну форму реалізації спеціальної конфіскації, має бути збережена як норма, що містить описання правових заходів, відмінних за своєю правовою природою від спеціальної конфіскації, і водночас повинна узгоджуватись з ч. 1 ст. 96-2 КК, що визначає коло предметів, до яких може бути застосована спеціальна конфіскація. Наразі ця кримінально-процесуальна норма навряд чи виправдано містить матеріально-правові положення, які до того ж дублюють положення КК України, а також ставить питання, пов'язані з точністю і вдалістю наведених у ній формулювань.

Наприклад, формулювання п. 1 ч. 9 ст. 100 КПК «не знав і не міг знати про їх незаконне використання» фактично не є універсальним, оскільки непридатне для вирішення ситуацій, коли власником (законним володільцем) майна є юридична особа [73].

Згідно з п. 1 ч. 9 ст. 100 КПК підлягають конфіскації, крім усього іншого, гроші, цінності та інше майно, які зберегли на собі сліди кримінального правопорушення. Ст. 96-2 КК нічого не говорить про конфіскацію такого майна, у зв'язку з чим використання терміну «конфіскація» в цьому випадку слід визнати недоречним при тому, що по суті питання вирішено правильно. Примусове вилучення в особи вказаних предметів має розглядатись як відмінне від спеціальної конфіскації вирішення питання про долю речових доказів.

П. 4 ч. 9 ст. 100 КПК встановлює, що майно, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, знищується, а у разі необхідності – передається до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання. Оскільки відповідно до ст. 96-1 КК спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави певних предметів, передача останніх до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам, має іншу юридичну природу і також має розглядатись як складова вирішення питання про долю речових доказів – відмінний від спеціальної конфіскації правового заходу.

Питання про застосування спеціальної конфіскації може вирішуватись, наприклад, ухвалою суду про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 288 КПК), ухвалою про застосування примусових заходів медичного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 500 КПК), ухвалою про застосування примусових заходів виховного характеру та закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 513 КПК), або ухвалою суду, постановленою на підставі клопотання слідчого чи прокурора (ч. 9 ст. 100 КПК України). Інакше кажучи, застосування спеціальної конфіскації, хоч і можливе лише в межах кримінального провадження, не «прив'язане» вітчизняним законодавцем до обвинувального вироку суду. Фактично чинне законодавство дозволяє суду застосовувати спеціальну конфіскацію як у поєднанні з будь-яким іншим заходом кримінально-правового характеру, що може застосовуватись в разі вчинення особою злочину, так і застосовувати її тоді, коли жоден інший захід кримінально-правового характеру застосований бути не може [58; 74].

Отже, на сьогодні безоплатне вилучення і передача в дохід держави знарядь, засобів або предметів злочину, грошей, цінностей, інших речей, нажитих (здобутих) злочинним шляхом, деяких інших різновидів майна, пов'язаних із вчиненням кримінально караних діянь, здійснюється на підставі норм як КК, так і КПК України. Співвідношення цих норм є доволі заплутаним. Незважаючи на те, що в 2013 р. в Україні був зроблений серйозний і загалом прогресивний крок на шляху утвердження матеріально-правової природи спеціальної конфіскації та її законодавчого закріплення як одного із кримінально-правових заходів, альтернативних покаранню, сьогоднішня законодавча регламентація спеціальної конфіскації не позбавлена вад. До них переліком варто віднести те, що законодавче визначення поняття спеціальної конфіскації (ст. 96-1 КК), чомусь розраховане лише на окремі корупційні злочини, не узгоджується з іншими положеннями кримінального закону – а саме статтею 96-2 КК, яка закріплює випадки застосування спеціальної конфіскації і формулювання якої носять універсальний характер, а також із санкціями норм Особливої частини КК України (крім її розділу XVIII), які передбачають вилучення і знищення певних різновидів майна, що вкотре зумовлює невизначеність правової природи цього заходу. Переконали у тому, що вдосконалена ст. 96-1 КК повинна в узагальненому вигляді вказувати на те, що спеціальна конфіскація застосовується у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення злочину або суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки злочину. Крім цього, пропонуємо виключити згадування про конкретні прояви спеціальної конфіскації із санкцій норм Особливої частини КК. Формулювання кримінального закону, присвячені спеціальній конфіскації, мають бути максимально узгоджені з нормами КПК України, які визначають правову долю речових доказів, і, по можливості, з нормами цивільного законодавства, а це актуалізує проведення міждисциплінарних досліджень позначеної проблематики. Бажано і те, щоб удосконалення законодавства, присвяченого спеціальній конфіскації, відбувалось паралельно з визначенням долі конфіскації майна як виду покарання.

1. Тютюгин В.И. Применение наказания по УК Украины 2001 г. (противоречия, несоответствия и неточности законодательного регулирования) // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення / матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Львів, 7–8 квітня 2006 р. – Львів, 2006. – Ч. 1. – С. 286.
2. Азаров Д.С. «Спеціальна» конфіскація: співвідношення кримінально-правових та кримінально-процесуальних норм // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення / матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Львів, 7–8 квітня 2006 р. – Львів, 2006. – Ч. 1. – С. 144; Горбачова І.М. Розмежування конфіскації і спеціальної конфіскації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apdp.in.ua/v32/39.pdf>; Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія. – Луганськ, 2012. – С. 350; Назимко Є.С. Щодо статусу спеціальної конфіскації // Адвокат. – 2009. – № 6. – С. 22–24; Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: монографія. – Х., 2009. – С. 290–292; Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Х., 2010. – С. 340; Палій М., Назимко Є. Питання існування кримінально-процесуальних норм у санкціях Кримінального кодексу України потребує свого вирішення // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 6. – С. 125–127; Палій М.В., Назимко Є.С. Деякі питання кримінально-правового статусу спеціальної конфіскації майна // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20 – 21 травня 2011 р. – Луганськ, 2011.

- С. 377–383; Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – С. 122–123; Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. – К., 2004. – С. 307.
3. Гальперин И.М., Мельникова Ю.Б. Дополнительные наказания. – М., 1981. – С. 56–58.
 4. Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х., 2008. – С. 279.
 5. Борченко Д.Ю. Конфискация имущества как мера уголовно-правового характера: понятие, природа, социальное предназначение и порядок применения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – С. 19.
 6. Непомнящая Т.В. Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. – СПб., 2006. – С. 652.
 7. Лопашенко Н.А. Уголовная политика. – М., 2009. – С. 175.
 8. Пономаренко Ю.А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х., 2009. – С. 289–292.
 9. Енциклопедія цивільного права України / відп. ред. Я.М. Шевченко. – К., 2009. – С. 452.
 10. Бурдін В.М. Санкції окремих статей Особливої частини КК України потребують змін // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 46.
 11. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник – К., 2006. – С. 411.
 12. Куц В.М., Єрмак О.В. До проблеми конфіскації у кримінальному праві України // Наше право. – 2013. – № 9. – С. 50–51.
 13. Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: монографія. – К., 2003. – С. 95–97.
 14. Новікова К.А. Обмеження волі як вид покарання: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2014. – С. 186–187.
 15. Дорош Л.В., В.В. Федосєєв. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності державного кордону України: монографія. – Х., 2014. – С. 214–228.
 16. Кондра О. Проблеми правової природи «спеціальної конфіскації» у кримінально-правових санкціях // Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична. – 2010. – Вип. 50. – С. 276–286.
 17. Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. – СПб., 2008. – С. 516–522.
 18. Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. – Х., 2013. – С. 335.
 19. Наден О.В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2013. – 40 с.
 20. Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький, 2010. – С. 109–113; Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: монографія. – К., 2012. – С. 115–120.
 21. Хавронюк М.І. Нові види покарання: чи потрібно їх передбачати у Кримінальному кодексі України? // Альманах кримінального права: збірник статей / відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – 2009. – Вип. 1. – С. 408–409; Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Украины / под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – 8-ое изд., перераб. и доп. – Х., 2011. – С. 21–22.
 22. Горбачова І.М. Заходи безпеки в кримінальному праві (порівняльно-правовий аналіз): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2008. – С. 14, 16.
 23. Гуторова Н., Шаповалова О. Конфіскація майна за кримінальним правом України: проблеми та перспективи // Право України. – 2010. – № 9. – С. 59–65.
 24. Пироженко О.С. Спеціальна конфіскація як захід кримінально-правового впливу // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. – 2013. – Вип. 14. – С. 184.
 25. Батиргарєєва В.С. Спеціальна конфіскація як засіб запобігання злочинності в Україні // Питання боротьби зі злочинністю. – Вип. 27. – Х., 2014. – С. 103.

26. Орловська Н.А. Спеціальна конфіскація як «інший» захід кримінально-правового характеру [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>.
27. Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описане чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 33–34; Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 13; Галкин Р.П. Уголовная ответственность за нарушение правил охраны недр: некоторые проблемы совершенствования санкции статьи 240 УК Украины // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 7. – 2008. – С. 22–25.
28. Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: монографія / наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПРН України В.І. Борисов. – Х., 2009. – С. 142–145.
29. Задоя К.П. Нормативне (законодавче) вирішення питання про юридичну природу спеціальної конфіскації майна de lege ferenda // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2. – С. 78–81.
30. Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х., 2008. – С. 277.
31. Задоя К.П. Значення положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року для нормативної характеристики спеціальної конфіскації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>.
32. Понятовская Т.Г. Уголовно-правовая сущность конфискации имущества [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2013/6755/pdf/sdrs03_s67_70.pdf.
33. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть: монография / под общ. и науч. ред. д. ю. н., проф., заслужен. деятеля науки РФ С.П. Щербы. – М., 2009. – С. 319; Михайлов В.И. Законодательное закрепление конфискации имущества: позитивный анализ // Уголовное право. – 2008. – № 2. – С. 55.
34. Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х., 2008. – С. 290; Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права: учеб. пособие / науч. ред. проф. Н.Ф. Кузнецова; отв. ред. проф. В.С. Комиссаров. – М., 1998. – С. 119–132; Горбунов М.М. Місце спеціальної конфіскації у законодавстві країн СНД // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 року / відп. ред. юрид. наук, академік С.В. Ківалов; ред. кол.: проф. В.Д. Берназ, проф. Є.Л. Стрельцов, доц. Н.А. Орловська. – Одеса, 2014. – С. 83–84.
35. Яценко А.М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: монографія. – Х., 2014. – С. 265–266, 268.
36. Балобанова Д.О. Запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб у контексті дослідження динаміки кримінального права // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х., 2014. – С. 211.
37. Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 308.
38. Данилевський А. Заходи кримінально-правового впливу // Протидія злочинності: теорія та практика: матеріали V Міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених (Київ, 18 жовтня 2013 р.). – К., 2013. – С. 50–51.
39. Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 308.
40. Батиргареева В.С. Спеціальна конфіскація як засіб запобігання злочинності в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>.
41. Яра О. Нормативно-правове регулювання конфіскації за злочини, що посягають на окремі об'єкти інтелектуальної власності // Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 7. – С. 86.
42. Підписано новий антикорупційний закон [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://marchenko-danavych.com/uk/press-centre/publications/52-corporate-m-and-a/895-anticorruptionlaw>.

43. Балобанова Д.О. Зазначена праця. – С. 211.
44. Пироженко О.С. Спеціальна конфіскація у кримінальному та кримінально процесуальному праві України: нові положення, нові виклики // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х., 2014. – С. 407, 409.
45. Пироженко О.С. Спеціальна конфіскація: актуальні проблеми і перспективи // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2014. – Вип. 27. – Т. 3. – С. 62–66; Данилевська ЮО. Ще раз про спеціальну конфіскацію // Суспільство, правопорядок, злочинність : теоретичні та прикладні проблеми сучасної науки: матеріали науково-практичного семінару (м. Миколаїв, 22 травня 2015 р.); упорядник д.ю.н., доц. Є.О. Письменський. – Миколаїв, 2015. – С. 15–17; Сорока О.О. Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2015. – С. 11; Задоя К. Інститут спеціальної конфіскації в правовій системі України: Quo Vadis? // Юридичний вісник України. – 24–30 жовтня 2015 р. – № 42.
46. Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 4. – С. 104.
47. Орловська Н.А. Актуальні питання системи покарань у контексті побудови санкцій норм Особливої частини КК України // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 309.
48. Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. – М., 1963. – С. 119.
49. Шаблинская Д.В. Специальная конфискация в уголовном праве // Юридический журнал. – 2007. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://elibrary.miu.by/journals/item.uj/issue.10/article.8.html>.
50. Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 30–31.
51. Гацелюк В.О. Про міждисциплінарний характер дослідження впливу інституту спеціальної конфіскації на теорію криміналізації суспільно небезпечних діянь // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х., 2014. – С. 181–182.
52. Батиргареева В.С. Спеціальна конфіскація як засіб запобігання злочинності в Україні // Питання боротьби зі злочинністю. – Вип. 27. – Х., 2014. – С. 107.
53. Рішення Європейського Суду з прав людини від 6 листопада 2008 р. у справі «Ісмаїлов проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=39:-l-r-c-&catid=11:2010-03-05-23-51-41&Itemid=8.
54. Гацелюк В.О. Зазначена праця. – С. 181.
55. Чернов Д.Г. Юридична колізія між ст. 209 КК та Конституцією України // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 186–188.
56. Гацелюк В.О. Зазначена праця. – С. 182.
57. Балобанова Д.О. Зазначена праця. – С. 211.
58. Казанець О.І. Правове регулювання спеціальної конфіскації в контексті прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням плану дій щодо лібералізації Європейським союзом візового режиму для України» № 4556 від 25.03.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://molodyvcheny.in.ua/files/conf/law/05may2014/09.pdf>.
59. Єрмак О.В. Місце спеціальної конфіскації в механізмі протидії злочинності [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/lkonf/6.pdf>.
60. Задоя К.П. Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації» // Право і громадянське суспільство. – 2012. – № 1. – С. 31; Задоя К.П. Нормативне (законодавче) вирішення питання про юридичну природу спеціальної конфіскації майна de lege ferenda // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2. – С. 84.

61. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cyclor.com.ua/content/view/1259/58/1/23/#41491>.
62. Куц В.М. Від дихотомії «злочин-покарання» до кримінального правопорушення та кримінально-правових засобів реагування // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Нові завдання та напрямки розвитку юридичної науки у XXI столітті», 15–16 листопада 2013 р., Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив». – Львів, 2013. – С. 54.
63. Орловская Н.А. Актуальные проблемы уголовно-правовой регламентации специальной конфискации // Відповідальність за кримінальні правопорушення у сучасному вимірі: Матер. Інтернет-конф., присвяченої пам'яті Л.В. Багрій-Шахматова, 27 грудня 2013 року, м. Одеса. – С. 111–114 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/internet-conf-27122013.doc.
64. Батиргареєва В.С. Цілі спеціальної конфіскації у системі запобігання злочинності // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 9–12.
65. Карпов К. Н. Иные меры уголовно-правового характера как средство противодействия совершению преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2010. – С. 186–187.
66. Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. – Х., 2013. – С. 337.
67. Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 4. – С. 101–104.
68. Волженкин Б.В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963 – 2007 гг.). – СПб., 2008. – С. 704.
69. Михайлов В.И. Институт конфискации имущества в международном праве и некоторые тенденции его развития в законодательстве государств СНГ // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. – Вип. 15. – Х., 2008. – С. 282.
70. Яценко А.М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: монографія. – Х., 2014. – С. 265–266, 268.
71. Лопашенко Н. Уголовно-правовая и уголовно-процессуальная конфискация (анализ соотношения на основе судебной практики) // Уголовное право. – 2011. – № 5. – С. 123.
72. Горпинюк О.П. Порухення правил юридичної техніки між положеннями КПК та КК України // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х., 2014. – С. 389.
73. Задоя К.П. Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації» // Право і громадянське суспільство. – 2012. – № 1. – С. 32–33.
74. Задоя К.П. Значення положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року для нормативної характеристики спеціальної конфіскації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://center.law.univ.kiev.ua/index.php/tezy-konferentsii>.

ПРОБЛЕМИ ВСТАНОВЛЕННЯ ВИДУ УМИСЛУ ПРИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ¹

Встановивши обов'язковість для всіх суб'єктів владних повноважень і судів зазначених рішень (правових позицій) Верховного Суду України з питань неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, законодавець фактично надав таким рішенням юридичну силу джерела кримінального права, запровадивши в національну судову практику елементи прецедентного права [1]. Невипадково КПК України 2012 р. вимагає при ухваленні рішення про задоволення заяви обґрунтовувати помилковість висновків суду касаційної інстанції, а в разі відмови в задоволенні заяви – надавати обґрунтування правильності застосування судом касаційної інстанції норми закону України про кримінальну відповідальність. Сприяти ухваленню законного та обґрунтованого рішення згідно з п. 4 ч. 2 ст. 452 КПК України мають наукові висновки фахівців, які входять до складу Науково-консультативної ради (далі – НКР), утвореної в тому числі з цією метою при Верховному Суді України (далі – ВСУ). Відповідне законодавче положення варто оцінити схвально, оскільки суддя-доповідач, готуючись до розгляду справи ВСУ, має можливість з урахуванням здобутків правової доктрини всебічно проаналізувати розглядуване ним питання, що повинно сприяти прийняттю виваженого судового рішення.

Діяльність НКР при ВСУ демонструє злободенність таких «вічних» кримінально-правових проблем, пов'язаних із суб'єктивною стороною злочину, як розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, і умисного вбивства або вбивства через необережність, відмежування вчинюваного з прямим умислом замаху на вбивство від тілесних ушкоджень певної тяжкості. Нічого дивного в цьому немає. Загальновідомо, що встановлення ознак суб'єктивної сторони злочину зазвичай викликає найбільші труднощі у правозастосувача, оскільки це внутрішня сторона злочину, яка відображає психічні процеси, що відбуваються у свідомості суб'єкта з приводу вчиненого ним діяння. Якщо звернутись до законодавчих визначень умислу і необережності (ст. 24 і ст. 25 КК України), цілком очевидним є те, що застосування пов'язаних із суб'єктивною стороною норм КК неминуче пов'язане із дискреційною діяльністю правозастосовних органів, яка може включати в себе не просто суб'єктивізм, а корупційну складову. З цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що суб'єктивні процеси є такими, що прямо не спостерігаються; їх не можна виміряти якимись приладами. Вину як щось суб'єктивне можна визначити тільки шляхом аналізу та оцінки об'єктивних обставин вчиненого особою правопорушення. Тому досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого діяння є відносним і цілком залежить, з одного боку, від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, та, з іншого, від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей [2, с. 11].

Констатація наявності вини та інших ознак суб'єктивної сторони при вчиненні у тому числі злочинів проти життя і здоров'я особи зазвичай здійснюється через зовнішні ознаки злочину, його об'єктивну (найбільш інформативну) сторону. Саме таким шляхом рухаються вітчизняні суди, які, обґрунтовуючи висновок про вид і форму вини, передусім аналізують об'єктивні ознаки вчиненого злочину. Як приклад розглянемо вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 21 жовтня 2011 р. [3] та ухвалу Апеляційного суду Луганської області від 27 січня 2012 р. [4], законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 11 жовтня 2012 р. [5].

Із цих судових рішень випливає, що за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК України, був засуджений А., котрий, посварившись з добре знайомою йому В., кухонним ножом завдав їй один удар в ліву частину грудної клітини, чим умисно спричинив потерпілій тяжкі тілесні ушкодження, віднесені до таких за ознакою небезпечності для життя в момент їх заподіяння. На думку засудженого, сформульовану в заяві про перегляд ухвали ВССУ, суд неправильно розв'язав щодо нього питання про вид умислу, з яким він учинив злочин, а отже, припустився помилки в кримінально-правовій кваліфікації, оцінивши скоєне як замах на вбивство.

Усі судові інстанції, які розглядали справу щодо А., зробили висновок про спрямованість його умислу на позбавлення життя потерпілої, головним чином указуючи на використане засудженим знаряддя вчинення злочину (ніж) і локалізацію нанесеного удару (ліва частина грудної клітини). Справді, такі об'єктивні дані можуть допомогти у визначенні форми і виду вини, з якими був вчинений злочин. За таких обставин зрозумілою виглядає позиція ВССУ, який у своїй ухвалі вказує на «направленість умислу засудженого на протиправне заподіяння смерті іншій людині». Інакше кажучи, на переконання ВССУ, А. вчинив злочин (замах на умисне вбивство) з прямим умислом. Звертаємо, щоправда, увагу на те, що в ухвалі ВССУ від 11 жовтня 2011 р. вид умислу чітко не зазначено, і це, на нашу думку, є вадою вказаного процесуального документа.

1 Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (1–2 березня 2013 року, м. Івано-Франківськ). – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 33–37.

Між тим, навіть якщо припустити, що злочин учинений засудженим із прямим умислом, варто звернути увагу на певні обставини, які можуть виключати кваліфікацію дій А. саме як закінченого замаху на умисне вбивство. Так, навряд чи можна повністю погодитись із висновком судів про те, що потерпіла не була вбита з причин, які не залежали від волі засудженого. Як свідчить аналіз вищезазначених судових рішень, винний, маючи всі можливості для досягнення злочинної мети (позбавлення життя), припинив свої злочинні дії добровільно: він, злякавшись скоєного, викликав карету швидкої допомоги, надав першу медичну допомогу, повідомив родичів про те, що сталося, з тим, щоб вони допомогли придбати медичні препарати, необхідні для лікування потерпілої.

Таким чином, навіть якщо виходити з того, що А. діяв із прямим умислом, при правовій оцінці його діяння варто враховувати положення ст. 17 КК України про добровільну відмову від доведення злочину до кінця. У злочинах з матеріальним складом (до них належить і умисне вбивство), коли між вчиненням всіх необхідних дій і настанням суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони є певний проміжок часу, добровільна відмова можлива на стадії закінченого замаху. У таких випадках особа може втрутитись у розвиток причинного зв'язку і шляхом вчинення певних дій нейтралізувати його, добровільно запобігши тим самим настанню злочинного результату. Кримінально-правова оцінка у подібних ситуаціях, як відомо, залежить від результативності (успішності) активної протидії настанню суспільно небезпечних наслідків.

Якщо сприйняти викладені вище міркування і визнати позитивну поведінку А. після нанесення ним потерпілій удару ножом не просто діяльним каяттям, а саме добровільною відмовою від доведення злочину до кінця, то з урахуванням ч. 2 ст. 17 КК України дії А. треба розцінювати як умисне тяжке тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК України). Викладений підхід, звичайно, має право на існування та його втілення в результатах офіційної кримінально-правової кваліфікації. Разом з тим, на нашу думку, існують підстави для аналізу злочинних дій А. під іншим кутом.

Пленум ВСУ в п. 22 своєї постанови від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» безпідставно і традиційно рекомендує питання про наявність у діях особи умислу на вбивство вирішувати, виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема, треба враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передували події, їх стосунки.

У доктрині кримінального права також наголошується на необхідності вирішувати питання про зміст умислу винного з урахуванням всебічного аналізу конфліктної ситуації. Про наявність умислу на вбивство може свідчити комплекс обставин: 1) нанесення ударів та поранень (їх локалізація) в життєво важливі органи (голову, шию, ліву сторону грудей, печінку, пах тощо); 2) застосування такого знаряддя або засобу вчинення злочину, яке здатне спричинити смерть (пістолет, кастет, сокира, важкий предмет тощо); 3) інтенсивність дій винного, яка достатня для порушення функцій або анатомічної цілісності життєво важливих органів (велика сила нанесення ударів або множинність поранень, усвідомлення їх несумісності з життям); 4) існування ворожих міжособистісних стосунків між потерпілим і винним до вчинення злочину (попередні погрози, факти бійок між винним і потерпілим тощо); 5) переривання злочинних дій не добровільно, а на вимогу інших осіб, під загрозою бути викритими чи затриманими; 6) свідоме використання обстановки, яка завідомо виключає своєчасне надання медичної обстановки; 7) негативна поведінка після вчинення злочину (наприклад, залишення потерпілого, який знепритомнів або тяжко поранений без медичної допомоги; створення перешкод для того, щоб потерпіла особа не могла залишити місце злочину, дати собі раду сама або покликати на допомогу сусідів чи перехожих) [7, с. 226–227]. Екстраполюючи сказане на вчинене А., можна зробити висновок, що суди при кваліфікації його дій фактично врахували лише два чинники – характер знаряддя, з яким вчинювався злочин, та локалізацію удару. І зовсім проігнорованими залишилися такі фактичні дані, як кількість удару (один), наявність близьких стосунків між потерпілою і засудженим, добровільне припинення злочинних дій, надання допомоги потерпілій після нанесеного удару, відсутність раніше висловлюваних погроз на адресу потерпілої тощо.

Здійснене судами врахування характеру знаряддя вчиненого злочину також породжує запитання. В ухвалених у справі щодо А. процесуальних документах відсутня будь-яка характеристика знаряддя вчиненого ним злочину, крім вказівки на те, що цим знаряддям є кухонний ніж. Але ж зрозуміло, що кухонні ножі як предмети господарсько-побутового призначення, що не є холодною зброєю, можуть бути різними, зокрема з точки зору можливостей заподіяння з їх допомогою фізичної шкоди людині.

Вважаємо тут за доречне нагадати, що в одній з ухвал судової колегії в кримінальних справах ВСУ, в якій також вирішувалось питання про зміст вини особи, котра ножом вдарила потерпілого у груди і заподіяла йому тяжке тілесне ушкодження, внаслідок чого людина померла, цілком доречно наводилась детальна характеристика знаряддя вчинення злочину. В ухвалі було зазначено, що при вчиненні своїх злочинних дій винний використав ніж кустарного виробництва довжиною 37 см із лезом довжиною 25 см і насічкою на обухові леза довжиною 7,5 см у вигляді 10 зубців. Характер знаряддя злочину, використаного для завдання удару, поряд

з іншими об'єктивними обставинами дав змогу судовій колегії в кримінальних справах ВСУ поставити під сумнів правильність висновку суду першої інстанції про форму вини засудженого щодо смерті потерпілого і вказати на необхідність під час нового розгляду справи більш ретельної перевірки спрямованості умислу винної особи [6].

Отже, якщо комплексно оцінити всі вказані вище обставини, то можемо стверджувати, що А. в аналізованій ситуації, скоріш за все, діяв із непрямым умислом. При цьому в ст. 15 КК України однозначно закріплено, що стадія замаху можлива лише у злочинах, вчинюваних з прямим умислом. Цілеспрямованість, за наявності якої можна встановити відповідність між задуманим злочином і реальним втіленням його в життя, притаманна діянням, в яких особа бажає настання передбачуваних нею суспільно небезпечних наслідків. Щодо злочинів, які вчинюються з непрямыми умислом, відповідальність за замах виключається, а дії суб'єкта кваліфікуються, виходячи з фактично спричинених наслідків. Тому дії А. мають кваліфікуватися за ч. 1 ст. 121 КК України.

До речі, суд першої інстанції у своєму вирокі зазначив: винний, можливо, і не бажав, але свідомо припускав настання смерті. Тобто суд схилився до думки про те, що А. діяв із непрямым умислом. Згідно з ч. 3 ст. 24 КК України вольовий момент непрямого умислу полягає в тому, що особа не бажає настання суспільно небезпечних наслідків, які вона усвідомлює, але свідомо їх припускає, ставить до настання наслідків байдуже. Таким чином, якщо прямий умисел на спричинення смерті не є доведеним з огляду на всю сукупність обставин справи (або є сумніви в його наявності), кваліфікувати діяння винного як замах на вбивство не можна.

Переконані в тому, що при застосуванні норм кримінального закону закріплене в ст. 63 Конституції України правило «тлумачення сумнівів – на користь особи» має відігравати не менш вагому роль, ніж під час прийняття процесуального рішення у справі. Точки зору, згідно з якою згадане конституційне правило носить комплексний (матеріально-процесуальний) характер, дотримується чимало відомих вітчизняних науковців, зокрема, П.П. Андрушко, Л.П. Брич, А.А. Музика, В.О. Навроцький, М.І. Хавронюк, А.М. Ришелюк.

31 січня 2013 р. Судова палата у кримінальних справах ВСУ, обговоривши у тому числі висновки членів НКР, прийняла постанову за заявою А., в якій підтримала нашу позицію і в якій відзначила наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На жаль, зазначена постанова, обмежуючись направленням справи щодо А. на новий розгляд до суду касаційної інстанції, не містить чіткого підсумкового висновку про те, як саме, на думку ВСУ, слід застосовувати кримінальний закон щодо суспільно небезпечних діянь, подібних до вчиненого засудженим (нанесення одного удару в життєво важливий орган людини з використанням при цьому знаряддя, здатного спричинити смерть, однак за відсутності доказів, які свідчать, що винний бажав настання смерті іншої особи). Хоч, з огляду на розповсюдженість таких життєвих ситуацій, формулювання відповідної правової позиції було б вельми доречним.

Крім цього, для того, щоб підняти значущість наукових висновків членів НКР, пропонуємо в рішеннях ВСУ, ухвалюваних відповідно до ст. ст. 455, 456 КПК України за результатами розгляду питання про неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, фіксувати (принаймні в стислому вигляді), хто з науковців і що написав з приводу тієї чи іншої кримінально-правової проблеми. Доречним у цьому разі був би і критичний аналіз міркувань вчених з боку суддів ВСУ. Тим більше, що в підсумку ухвала ВСУ має містити правову позицію, обов'язкову до виконання всіма суб'єктами правозастосування та прирівняну до джерела кримінального права.

1. Андрушко П. Джерела кримінального права України: поняття, види // Право України. – 2011. – № 9. – С. 38–39.
2. Складов С.В. Вина и мотивы преступного поведения / С.В. Складов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 326 с.
3. Архів Лисичанського міського суду Луганської області. Справа № 1-180/11 за 2011 р.
4. Архів Апеляційного суду Луганської області. Справа № 1-1689/11 за 2012 р.
5. Архів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Справа № 5-4655 км 12 за 2012 р.
6. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К. : Істина, 2010. – 430 с.
7. Рішення Верховного Суду України. Щорічник. – 1999. – С. 82–83.

ЛІКАРСЬКА ПОМИЛКА ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМА¹

Важливим аспектом характеристики суб'єктивної сторони злочинів проти життя та здоров'я людини, вчинюваних медичними працівниками, є проблема відмежування лікарської помилки від злочинної необережності. Незважаючи на прогрес у медицині, на сьогодні ніхто не може гарантувати успішність лікування, оскільки його результат залежить від багатьох чинників – як об'єктивних, так і суб'єктивних. Латинське прислів'я гласить: «Errare humanum est» (кожній людині властиво помилятися). Медична професія, яка пов'язана із життям та здоров'ям людини, надає лікарським помилкам особливого значення.

Статистика таких країн, як США, Велика Британія, Німеччина, свідчить про підвищену смертність пацієнтів від лікарських помилок. Наприклад, у США від лікарських помилок щорічно гине 98 тис. американців (це більше, ніж у результаті вбивств, самогубств і дорожньо-транспортних пригод), а в Німеччині – 25 тис. осіб. ВООЗ вважає за норму 9 % смертельних випадків, що відбулися через лікарські помилки та нещасні випадки під час надання медичної допомоги [1, с. 34]. У рішенні Європейського Суду з прав людини «Биржиковський проти Польщі» (2006 р.) наголошується на необхідності швидкого вирішення справ, які стосуються смерті особи в медичних закладах. Помилки, допущені медичними працівниками, повинні оперативно з'ясовуватись. Далі ця інформація має невідкладно розповсюджуватись серед персоналу медичного закладу, щоб не допустити повторення негативного досвіду в майбутньому [2].

У сьогоднішній Україні найбільша кількість лікарських помилок зустрічається в акушерстві та гінекології. Від лікарських помилок люди нерідко потерпають також у хірургії, стоматології, косметології і під час проведення вакцинації [3]. Так, під час важких пологів у породіллі В. від сильних потуг полопались судини на обличчі, тілі, в очах, але народити самостійно вона не могла, у зв'язку з чим лікар прийняв рішення вичавлювати дитину із материнської утробы. Після народження дитина прожила близько тижня. Встановлено, що якби на останніх тижнях вагітності перед пологами В. лікарі провели додаткове ультразвукове дослідження, можна було б побачити обвиту довкола ший дитини пуповину і попередити смерть дитини. Варіантом проведення пологів у цьому разі могло б бути проведення «кесаревого розтину» [4].

Як зазначають фахівці в галузі медичного права, лікарська помилка – це медичний дефект, що пов'язаний з неправильними діями медичного персоналу, який добросовісно виконував свої обов'язки, але певні чинники (брак досвіду, відсутність належних умов для надання медичної допомоги, недостатнє обстеження хворого тощо) зумовили несприятливий результат медичного втручання за відсутності ознак правопорушення. Лікарська помилка – це невинне спричинення шкоди здоров'ю або життю особи у зв'язку з проведенням діагностичних, лікувальних, профілактичних заходів особою, зобов'язаною вчинити певні дії згідно із законами, договорами, спеціальними правилами та практикою, що склалась. Під лікарською помилкою слід розуміти добросовісну оману медичного працівника за відсутності ознак злочинної необережності [5, с. 108; 6, с. 197; 7, с. 140]. Зокрема, С. Стеценко визначає медичну помилку як дії (бездіяльність) медичного персоналу, що можуть породжувати негативні наслідки для пацієнта через об'єктивні чи суб'єктивні причини та мають за ознаку відсутність умисного чи необережного злочину [8, с. 36]. Про те, що слід розрізняти лікарську помилку від злочину, свого часу писав Ф. Бердичевський. Науковець стверджував, що питання відмежування злочинних порушень медичних працівників своїх професійних обов'язків від правомірної поведінки може бути вирішено тільки на підставі загальних положень вчення про злочин, відповідно до якого будь-який злочин може бути або умисним, або необережним. Межею, яка відділяє протиправну поведінку медперсоналу від будь-якої іншої помилкової медичної діяльності, слід вважати основні положення медичної науки та практики, положення, які відображають пізнані та доступні для медичного впливу біологічні закономірності людського організму [9, с. 17–18].

Лікарські помилки можуть бути зумовлені такими об'єктивними чинниками, як: відсутність належних умов надання медичної допомоги (недостатнє забезпечення обладнанням, медичними препаратами тощо); недосконалість способів та методик лікування захворювань; неможливість глибоко та всебічно дослідити важко хворого з причини його тяжкого стану або обмеженої кількості часу; пізня госпіталізація тощо. Суб'єктивні чинники лікарських помилок – це, наприклад: недостатній досвід, рівень знань і кваліфікація медичного працівника; недостатнє обстеження хворого; неправильна інтерпретація лабораторних та інструментальних досліджень; недооцінка або переоцінка результатів консультацій інших фахівців. В. Акопов повідомляє, що до 70 % лікарських помилок мають суб'єктивний характер [10, с. 190–191].

До чинників, які зумовлюють лікарські помилки, також відносять: низький рівень лабораторного дослідження хворих внаслідок відсутності необхідного обладнання, реактивів, кваліфікованих лаборантів тощо;

¹ Стаття написана в співавторстві з В.В. Балабко та опублікована: Протидія злочинності: теорія і практика: Матеріали IV міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених: 19 жовтня 2012 року. – Київ-Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – С. 13–27.

атиповий перебіг хвороби у людини; характер патологічного процесу; викривлення клінічної картини одного захворювання внаслідок накладення іншого патологічного процесу; невідповідність між дійсним обсягом прав та обов'язків медичного працівника та проведенням необхідних дій з діагностики та лікування; винятковість індивідуальних особливостей організму пацієнта; неприйнятність організмом наркозу, лікарських препаратів, антибіотиків; неналежні дії самого пацієнта, його родичів, інших осіб (зокрема, запізниле звернення за медичною допомогою, відмова від госпіталізації, перешкоджання проведенню лікувально-діагностичного процесу; порушення режиму лікування); особливості психофізичного стану медичного працівника (хвороба, перевтомлення тощо) тощо [11, с. 147; 12, с. 92–93, 97, 98, 107, 111].

Загалом погоджуючись із наведеними висловлюваннями, водночас хотіли б зауважити, що випадки, наприклад, запізнитого звернення за медичною допомогою, відсутності на певний час науково обґрунтованих методів лікування тієї чи іншої хвороби, відмови пацієнта від медичних приписів або госпіталізації, порушення пацієнтом встановленого для нього режиму вказують на відсутність злочинного діяння медичного працівника (зокрема, з точки зору кваліфікації вчиненого за ст. 140 КК України), а тому унеможливають розгляд таких випадків саме як лікарської помилки.

У літературі зустрічається і більш широке розуміння лікарської помилки. Остання визначається як протиправне винне діяння медичного працівника, що потягло за собою спричинення шкоди здоров'ю пацієнта, як випадкове (невинне) спричинення шкоди або як обставина, що пом'якшує відповідальність. Стверджується, що медичні працівники у жодному разі не можуть заподіювати шкоду життю та здоров'ю пацієнта внаслідок помилкових дій, а тому вони повинні притягуватися до юридичної відповідальності і у випадку добросовісної омані. Адже будь-яке посягання на життя та здоров'я людини з боку медичного працівника не може бути безкарним, а їх постійне виправдання призводить до байдужого ставлення до пацієнтів [13, с. 44; 14, с. 9]. У зв'язку з цим медичну помилку пропонується визнавати формою караного за ст. 140 КК України невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним працівником [15, с. 193; 16, с. 128–130; 17, с. 9]. Появу подібних міркувань загалом можна зрозуміти з огляду на ситуацію, яка склалась на сьогодні з якістю медичної допомоги.

Як бачимо, окремі автори розширюють поняття лікарської помилки, охоплюючи нею і поведінку за відсутності вини, інші висловлюються за криміналізацію будь-яких лікарських помилок. Підтримуючи домінуючу у вітчизняній фаховій літературі точку зору, вважаємо, що лікарською помилкою має визнаватись зумовлена об'єктивними або суб'єктивними чинниками добросовісна омана лікаря за відсутності ознак необережного злочину. Щодо професійного необережного злочину медичного працівника, то ним є необережний вчинок цього суб'єкта у зв'язку з виконанням ним своїх професійних обов'язків, що порушує законодавство, призводить (може призвести) до тяжких наслідків та за який встановлено кримінальну відповідальність.

Суперечливою виглядає позиція російського дослідника К. Косарева, який, визначивши лікарську помилку як добросовісну оману лікаря, водночас пише, що така помилка має кваліфікуватись за відповідними частинами ст. 109 і ст. 118 КК РФ [18, с. 472–474]. Подібна непослідовність притаманна міркуванням вітчизняних авторів В. Сидорова і С. Денисова, які, з одного боку, розрізняють лікарські помилки і помилки як професійні злочини, а, з іншого, стверджують, що лікарські помилки у відповідних ситуаціях тягнуть за собою кримінальну відповідальність. Посилаючись на відомого патологоанатома І. Давидовського, названі дослідники також зазначають, що центральним пунктом у визначенні лікарської помилки є «хибна сумлінність лікаря» [19, с. 136–139]. Але така властивість людини, у т. ч. професіонала в певній сфері, як сумлінність, так би мовити, за визначенням не може бути хибною. Очевидно, у розглядуваному контексті більш правильно говорити про «сумлінну хибність (хибу)». Насправді ж у цьому разі ми маємо справу із не зовсім вдалим перекладом. Виявляється, що І. Давидовський, вважаючи лікарську помилку прикритим браком у лікарській діяльності, її першопричиною називав «добросовестное заблуждение врача» [20, с. 45], тобто сумлінну оману лікаря.

Якщо медичний працівник не передбачав можливості настання суспільно небезпечних наслідків і з урахуванням конкретної ситуації не міг і не повинен був їх передбачити, то, з огляду на законодавче поєднання об'єктивного та суб'єктивного критеріїв злочинної недбалості як виду необережності, відповідальність за ст. 140 КК України виключається. У цьому разі, на наше переконання, має місце випадок (казус) або, інакше кажучи, лікарська помилка, якої не можна уникнути навіть за найсумліннішого ставлення до виконання своїх професійних обов'язків. Така помилка може бути викликана, наприклад, особливою складністю діагностики незвичної хвороби, анатомічними чи фізіологічними аномаліями організму конкретної людини, атиповим розвитком хвороби, несподіваною алергічною реакцією, побічною дією ліків, раптовою зміною показників артеріального тиску внаслідок індивідуальної психологічної або емоційної реакції на оперативне втручання, відсутністю специфічної (притаманної тільки раку) симптоматики ранніх форм злоякісних новоутворень. Звернемось до матеріалів правозастосовної практики.

Органом досудового слідства лікар-акушер-гінеколог Д. обвинувачувався у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 140 КК. У жовтні 2005 р. Д., перебуваючи на чергуванні в акушерсько-гінекологічному відділенні

Світловодської ЦРЛ Кіровоградської області, провела огляд В. і встановила такий діагноз, як перша вагітність терміном 38–39 тижнів, пологи перші термінові, дискоординована пологова діяльність. Д. призначила лікування шляхом розтину плодового міхура (з метою підсилення пологової діяльності), внаслідок чого вилились навколоплідні води, забарвлені меконієм, що вказувало на внутрішньоутробну гіпоксію плоду. Органом досудового слідства встановлено, що в результаті цих дій лікаря Д. посилилась внутрішньоутробна гіпоксія плоду і, як наслідок, плід народився у стані гострої асфіксії. Дитині було призначено адекватну терапію, але через добу вона померла. В обвинувальному висновку зазначається, що для врятування життя дитини в цій ситуації лікар Д. повинна була ухвалити рішення про подальше активне ведення пологів В. шляхом кесаревого розтину.

Світловодським міськрайонним судом Кіровоградської області встановлено, що причиною смерті новонародженої дитини стала аспірація харчовими масами, а не гостра асфіксія під час пологів. Про це свідчить наявність в респіраторних бронхіолах та альвеолах чужорідних мас на кшталт харчових. Аспірація харчовими масами призвела до комплексу респіраторних, геодинамічних та метаболічних порушень в організмі дитини. Аспірація могла відбутися на фоні набряку головного мозку внаслідок внутрішньоутробного інфікування плоду. Неправильне ведення лікарем Д. латентної фази першого періоду пологів та неправильне лікування дискоординованої пологової діяльності не призвели до погіршення стану потерпілої В. та, на думку суду, не знаходяться в причинному зв'язку з настанням смерті її новонародженої дитини. Наявність густого меконію в амніотичній рідині у поєднанні з патологічними змінами серцевого ритму плоду є показанням для термінового розродження (кесаревого розтину) при головному передлежанні плода. В цьому випадку наявність незначних домішок меконію в навколоплідних водах не вказує на дистрес плоду, однак свідчить про необхідність ретельного спостереження за станом плоду. У зв'язку з цим у лікаря Д. під час проведення пологів у В. підстав для проведення кесаревого розтину не було, і вона правильно обрала варіант проведення пологів природнім шляхом. Отже, судом встановлено, що між смертю новонародженої дитини та діями лікаря-акушера-гінеколога Д. відсутній причинний зв'язок. До того ж Д., приймаючи пологи у В., не передбачала і не могла передбачити настання смерті новонародженої дитини. У зв'язку з цим лікаря Д. виправдано за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 140 КК України [21].

Таким чином, у розглядуваному випадку мала місце лікарська помилка, а не необережний злочин проти життя особи. Такий саме висновок буде доречним і стосовно іншого прикладу із судової практики. Працюючи акушером-гінекологом пологового будинку Центру охорони матері і дитини «Лівобережжя» м. Києва, Ж. з урахуванням діагнозу, поставленого нею К., і неможливості розродження через природні пологові шляхи прийняла рішення про проведення операції «кесарів розтин». Під час операції Ж. скальпелем пошкодила дитині ліве око і шкіру, чим заподіяла їй тяжке тілесне ушкодження. В ухвалі судової колегії в кримінальних справах ВСУ зазначається, що Ж. в екстремальній ситуації, що склалась із розродженням К., діяла методично вірно та професійно і за відсутності можливості діагностування плода не передбачала, не повинна була і не могла передбачити наслідки, що настали, – поранення скальпелем ока дитини. Тобто у цьому разі мав місце казус (випадок), який виключає кримінальну відповідальність Ж. [22].

До речі, С. Стеценко і В. Галай, наводячи згадану ситуацію як приклад казусу (випадку) – дефекту медичної допомоги, стверджують: «На відміну від казусу, лікарська помилка характеризується відсутністю зовнішніх ознак злочину» [8, с. 37]. Таке протиставлення вважаємо неправильним, і викладений вище приклад із судової практики якраз і засвідчує ту обставину, що із зовнішнього боку лікарська помилка (зокрема, за тяжкими наслідками) нагадує злочин, проте як поведінка (діяння) за відсутності вини кримінальну відповідальність виключає.

На думку Г. Чеботарьової, лікарська помилка, причиною якої є невігластво медичного працівника, може кваліфікуватися як необережний злочин. Так, якщо медичний працівник не передбачає негативних наслідків вчинених ним професійних дій внаслідок незнання обставин, які він повинен і міг знати як фахівець у певній галузі, заподіяння цих наслідків визнається винним (вид вини – злочинна недбалість). Якщо ж незнання медичним працівником тих чи інших положень медичної науки є результатом об'єктивних причин (наприклад, відсутність відповідного навчального курсу у вищому навчальному закладі), таке незнання не може вважатися підставою для кримінальної відповідальності. Поділяючи лікарські помилки на вибачальні і невибачальні, науковець зазначає, що останні можуть розглядатись як необережний злочин у сфері медичної діяльності [23, с. 563–564].

Хотіли б уточнити, що відсутність передбачення можливості настання суспільно небезпечних наслідків як характеристика їх невинного заподіяння (випадку, казусу) може бути пов'язана не лише з об'єктивними причинами, а й з особистісними властивостями конкретного суб'єкта, у т.ч. його віком, досвідом, навичками, кваліфікацією, освітою. Так, у фаховій літературі одним із чинників лікарської помилки як медичного дефекту за відсутності ознак правопорушення названо брак досвіду лікаря [5, с. 108].

І. Тяжкова зазначає, що при вирішенні питання, чи міг працівник передбачити настання шкідливих наслідків внаслідок порушення певних правил, необхідно з'ясовувати ступінь підготовки і кваліфікації цього

працівника, знання ним правил обережності тощо [24, с. 329–330]. Щоправда, в іншій своїй роботі названа дослідниця, стверджуючи, що питання так званого злочинного невігластва не потребує спеціального законодавчого врегулювання, пов'язує можливість передбачення настання суспільно небезпечних наслідків як характеристику злочинної недбалості лише з об'єктивними причинами [25, с. 42–44].

С. Нежурбіда російське «преступное невежество» перекладає українською як «злочинна необізнаність», стверджуючи, що цей вид необережної вини не підпадає під ознаки самовпевненості і недбалості. Водночас на іншій сторінці дисертації цей автор, демонструючи непослідовність у своїх судженнях, називає «злочинну необізнаність» різновидом злочинної недбалості [26, с. 31–32, 67].

Досить категорично висловлюється з розглядуваного питання відомий фахівець з проблематики суб'єктивної сторони злочину О. Рарог. Вчений пише, що відсутність можливості передбачити суспільно небезпечні наслідки виключає кримінально-правову вину незалежно від причин (виділено мною – авт.), через які особа не могла передбачити ці наслідки. Відповідно, «злочинне невігластво», виділене П. Дагелем, становить собою різновид випадкового (невинного) заподіяння шкоди [27, с. 128–129].

Виходить, що О. Рарог, на відміну від Г. Чеботарьової, не визнає за потрібне розмежовувати, з одного боку, так би мовити, просту (звичайну) недостатню кваліфікацію певного лікаря, та, з іншого, його елементарне (явне, грубе) невігластво. Навіть якщо вдасться провести цю межу у конкретній ситуації, це не матиме кримінально-правового значення, позаяк вчинене розцінюватиметься як казус. І у випадку заподіяння суспільно небезпечних наслідків питання про кримінальну відповідальність може поставати хіба що стосовно того, хто допустив до виконання тієї чи іншої роботи непідготовленого у фаховому відношенні суб'єкта.

Стосовно ж межі між недостатньою кваліфікацією і невіглаством вельми цікавими є міркування А. Козлова, який зазначає, що отримання навіть однієї спеціальності різними особами не виключає їх різної освіченості у певній галузі знань. Звідси випливає питання, в якому обсязі деформовані знання можна віднести до «норми», а які деформовані знання виходять за межі «норми» і, відповідно, вини (адже особа не могла передбачити наслідки) [28, с. 643–644]. Питання це на сьогодні законодавчо не врегульоване, залишається відкритим і потребує спеціального дослідження з урахуванням здобутків психології та кримінології.

Якщо сприйняти підхід О. Рарога, можна зробити висновок, що у тому разі, коли тяжкі наслідки для пацієнта стали результатом недостатніх досвіду і кваліфікації медичного працівника (навіть якщо відсутність належних знань і навичок набула рівня явного невігластва, яке не може бути вибачено), що перешкодило медичному працівнику виконати професійні обов'язки у повному обсязі і з належною якістю, кримінальна відповідальність цього працівника виключається.

Натомість С. Гончаренко, визнаючи «злочинне невігластво» різновидом злочинної недбалості, веде мову про те, що особа могла і повинна була передбачати, що, діючи в ситуації, обтяженій факторами ризику, вона через свою завіdomу некомпетентність створює небезпеку настання шкідливих наслідків [29, с. 90]. На наш погляд, у такій ситуації немає підстав (через відсутність суб'єктивного критерію) вести мову про злочинну недбалість як вид необережності.

Вважаючи справедливим запровадження кримінальної відповідальності і за відсутності суб'єктивного критерію злочинної недбалості, М. Шаргородський писав, що злочинцем має визнаватись, наприклад, хірург, який неграмотно провів операцію, в результаті чого хворий помер, та який провести цю операцію краще не міг, оскільки погано вчився у медичному інституті. Такий хірург повинен нести кримінальну відповідальність за наслідки, спричинені його недостатньою кваліфікацією [30, с. 91].

Згідно з чинним КК України відповідальність може наставати лише за ті суспільно небезпечні діяння, які вчинені або умисно, або з необережності. Тому складається враження, що наведене висловлювання М. Шаргородського як таке, що суперечить принципу суб'єктивного інкримінування, є цікавим хіба що в аспекті можливого вдосконалення кримінального законодавства. Тим більше, що одним із способів розширення сфери кримінально караної необережності у літературі визнається розширення меж самого поняття необережності за рахунок ігнорування у деяких випадках її суб'єктивного критерію – можливості передбачати настання кримінально значущої шкоди [31, с. 134, 139–140].

Проблема «злочинного невігластва», яке позначає професійну недосвідченість особи, котру суспільство не може вибачити, і яке інколи характеризується формулами «або повинен був, або міг» (М. Шаргородський) і «повинен був, значить був здатен» (М. Грінберг), будучи фундаментальною, в юридичній літературі [32, с. 115–119; 33, с. 163–165] розроблюється з погляду можливого вдосконалення злочинної необережності як форми вини. Йдеться, як вже зрозуміло із сказаного, про випадки, коли непідготовлена належним чином особа береться за діяльність, яка пов'язана з небезпекою для оточуючих та яка потребує фахових знань і навичок, відсутніх у цієї особи.

Цілком очевидно, що основне питання може бути сформульоване таким чином: вписується чи ні таке вкрай негативне явище, як «злочинне невігластво», у межі злочинної самовпевненості або злочинної недбалості,

визначені у ст. 25 КК України? При цьому для нас безспірним є те, що така поведінка медичних працівників, яку можна позначити як «злочинне невігластво», має визнаватись злочинною а, отже, потребує кримінально-правового реагування. Виходимо з того, що відповідна особа (невіглас) розуміє свою непередбаченість до певної роботи, а тому, беручись за її виконання, не може не передбачати можливість настання суспільно небезпечних наслідків, хай навіть і не зовсім конкретних. Отже, позначену проблему пропонуємо вирішувати не шляхом вдосконалення законодавчого визначення необережності як форми вини і, тим більше, не шляхом відмови від принципу суб'єктивного інкримінування, а шляхом відповідної інтерпретації легальної дефініції злочинної самовпевненості як виду необережності (ч. 3 ст. 25 КК України).

Завершуючи розгляд питання про кримінально-правові аспекти лікарської помилки, зазначимо, що, на нашу думку, заслуговує на підтримку пропозиція визнати лікарську помилку законодавчою категорією. Йдеться про те, що лікарська помилка як один із варіантів дефекту надання медичної допомоги повинна стати складовою частиною нормативно-правової бази медичної діяльності [35, с. 160]. Поняття лікарської помилки вважаємо за потрібне розкрити у регулятивному законодавстві, наголосивши на тому, що йдеться про добросовісну (сумлінну) оману лікаря, яка виключає кримінальну відповідальність через відсутність вини. Адже поняття лікарської помилки не повинне слугувати виправдовуванню протиправної винної поведінки «людей у білих халатах». Саме тлумачення поняття «сумлінний» (добросовісний, старанний, той, хто ретельно виконує певну роботу) передбачає наявність конкретних поважних обставин, які ввели особу в оману. Звичайно, вказівка на сумлінність (добросовісність) містить у собі оціночний елемент. Сумніваємось, однак, у тому, що на законодавчому рівні тут можлива якась конкретизація – розкриття змісту сумлінності помилки лікаря. Тим більше, що застосування пов'язаних із суб'єктивною стороною норм КК неминуче пов'язане із дискреційною діяльністю правозастосовних органів, яка може включати в себе не просто суб'єктивізм, а корупційну складову. З урахуванням того, що сумлінно помилялись можуть і інші (крім лікарів) представники медичного персоналу, у розглядуваній ситуації більш доречно вести мову про медичну помилку. Видається, що сприйняття наведеної пропозиції, поклавши край теоретичним дискусіям з питання про суть медичної (лікарської) помилки, дозволить, крім всього іншого, полегшити кримінально-правову оцінку професійних порушень медичних працівників в аспекті відмежування не кримінально караної медичної помилки від злочинної необережності таких працівників.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що, здійснюючи кримінально-правову оцінку професійних порушень медичних працівників, злочинну необережність таких працівників слід відмежовувати від медичної помилки. Кримінально-правова оцінка випадків «злочинного невігластва» медичних працівників, відмінного від медичної помилки, має ґрунтуватись на існуючому легальному визначенні злочинної самовпевненості як виду необережності. Таким чином, у ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р. пропонуємо включити таке визначення: «Медична помилка – це зумовлена об'єктивними або суб'єктивними чинниками сумлінна омана медичного працівника за відсутності ознак необережного злочину».

1. Стеценко С. Г. Медичне право України (реалізація та захист прав пацієнтів) : монографія / С. Г. Стеценко, В. О. Галай. – К. : Атіка, 2010. – 168 с.
2. Сенюта І. Право на життя / І. Сенюта // Юридичний вісник України. – 2008. – 11 - 17 жовтня. – № 41.
3. Сенюта І. Не треба боятися визнавати помилки / І. Сенюта // Юридичний вісник України. – 2012. – 26 травня - 1 червня. – № 21.
4. Козак І. Рука долі. Для новонароджених вона має реальне уособлення. Інколи фатальне / І. Козак // Голос України. – 2010. – 21 січня. – № 9.
5. Галай В. О. Практичне право : права пацієнтів (Інтерактивний курс медичного права) : навч. посіб. [В. О. Галай, С. К. Гречанюк, І. Я. Сенюта. та ін.]; за ред. С. Г. Стеценка та А. О. Галай. – К. : КНТ, 2009. – 224 с.
6. Иванников И.А. Медицинское право: Учебное пособие / И. А. Иванников, Н. А. Рубанова. – М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К»; Академцентр, 2010. – 208 с.
7. Павлова Н. В. Уголовно-правовое регулирование медицинской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Павлова Наталья Владимировна. - М., 2007. – 201 с.
8. Стеценко С. Г. Медичне право України (реалізація та захист прав пацієнтів): монографія / С. Г. Стеценко, В. О. Галай. – К.: Атіка, 2010. – 168 с.
9. Бердичевский Ф. Ю. Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязанностей / Ф. Ю. Бердичевский. – М. : Юрид. лит., 1970. – 128 с.
10. Акопов В. И. Медицинское право: книга для врачей, юристов и пациентов / В. И. Акопов. – Москва : ИКЦ «МарТ»; Ростов н/Д : Издательский центр «МарТ», 2004. – 368 с.

11. Колокалов Г. р. Основы медицинского права. Курс лекцій : Учебное пособие для вузов / Г. Р. Колокалов, Н. В. Косолапова, О. В. Никульникова. – М. : Экзамен, 2005. – 320 с.
12. Канцевич И. А. Судебно-медицинские аспекты врачебной практики / И. А. Канцевич. – К. : «Здоровье», 1974. – 180 с.
13. Глашев А. А. Медицинское право : практическое руководство для юристов и медиков / Глашев А. А. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 208 С.
14. Флоря В. М. Уголовная ответственность за врачебные преступления (некоторые итоги исследования) / В. М. Флоря // Закон и жизнь. – 2005. – № 3. – С. 7–11.
15. Гладун З. С. Адміністративно-правове регулювання охорони здоров'я населення в Україні : монографія / З. С. Гладун. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 720 с.
16. Філь І. Медична помилка як форма невиконання чи неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України) // І. Філь / Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 127 – 130.
17. Тарасевич Т. Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину : автореф. дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія ; кримінально-виконавче право» / Т. Ю. Тарасевич. – Київ. – 2011. – 18 с.
18. Косарев К.В. Понятие врачебной ошибки в российском уголовном праве / К. В. Косарев // Проблемы реформирования кримінальної юстиції : український контекст і міжнародний досвід. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ: Спеціальний випуск № 5. – Луганськ, 2011. – С. 469–475.
19. Сидоров В. М. Лікарські помилки : проблеми визначення та відповідальності / В. М. Сидоров, С. Ф. Денисов // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, 31 жовтня 2008 року, м. Запоріжжя : у 2 ч. – Запоріжжя: Юридичний ін-т ДДУВС, 2008. – Ч. II. – С. 136–140.
20. Стеценко С. Г. Врачебные ошибки и несчастные случаи в практике работ учреждений здравоохранения: правовые аспекты / С. Г. Стеценко // Юрист. – 2004. – № 2. – С. 44–47.
21. Кримінальна справа № 1-2/2009 / Архів Світловодського міськрайонного суду Кіровоградської області за 2009 рік.
22. Рішення Верховного Суду України. Щорічник. – 2002. – С. 95–96.
23. Чеботарьова Г. В. «Лікарська помилка» та проблеми її кримінально-правової оцінки / Г. В. Чеботарьова // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19 – 20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 561–564.
24. Курс уголовного права. Общая часть. Том 1 : Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. доктора юридических наук, профессора Н. Ф. Кузнецовой и кандидата юридических наук, доцента И. М. Тяжковой. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2002. – 624 с.
25. Тяжкова И. М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / Под ред. д-ра юридических наук, проф. В. С. Комиссарова / И. М. Тяжкова. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 278 с.
26. Нежурбіда С. І. Злочинна необережність: концепція, механізм і шляхи протидії : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Нежурбіда Сергій Іванович. – Чернівці, 2001. – 219 с.
27. Рарог А. И. Квалификация преступлений по субъективным признакам / А. И. Рарог. – СПб. Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 304 с.
28. Козлов А. П. Понятие преступления / А. П. Козлов. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 819 с.
29. Преступная неосторожность (уголовно-правовое и криминалистическое исследование) / И. П. Лановенко, Ф. А. Лопушанский, А. Н. Костенко и др. – К. : Наукова думка, 1992. – 219 с.
30. Шаргородский М. Д. Научный прогресс и уголовное право / М. Д. Шаргородский // Советское государство и право. – 1969. – № 12. – С. 87–93.
31. Бавсун М. В. Проблемы виновного вменения за преступления, совершаемые по неосторожности / М. В. Бавсун, С. В. Векленко // Правоведение. – 2004. – № 5. – С. 133–141.

32. Дагель П. С. Неосторожность. Уголовно-правовые и криминологические проблемы / П. С. Дагель. – М. : Юрид. лит., 1977. – 144 с.
33. Совершенствование мер борьбы с преступностью в условиях научно-технической революции : монография. – М. : Изд-во «Наука», 1980. – 296 с.
34. Стеценко С. Г. Очерки медицинского права / С. Г. Стеценко, А. Н. Пищита, Н. Г. Гончаров. – М. : ЦКБ РАН, 2004. – 170 с.

НЕЗАКОННЕ ПРОВЕДЕННЯ АБОРТУ: ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ І ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА¹

Злочини, вчинювані у зв'язку з наданням медичної допомоги, посягають на найбільш значущі блага людини – її життя і здоров'я. Виходячи з цього, а також з огляду на специфічність сфери докладання зусиль медичних працівників, законодавець у розділі II Особливої частини КК України передбачив низку заборон (до них належать ст. ст. 131, 132, 134, 139–145), покликаних забезпечити кримінально-правову охорону життя і здоров'я людини від злочинних порушень професійних обов'язків медичних працівників. Зазначені кримінально-правові заборони можуть і повинні розглядатись як важлива гарантія конституційного права кожного на охорону здоров'я і медичну допомогу. Забезпечення кримінально-правовим засобами охорони життя та здоров'я людини, будучи реалізацією вимог ст. 49 Конституції України, є одним із пріоритетних напрямів діяльності правоохоронних органів України, включаючи органи прокуратури.

При цьому на практиці мають місце значні труднощі, які пов'язані із застосуванням вказаних норм КК та які зумовлені, зокрема: вадами чинного кримінального законодавства і неузгодженістю його окремих положень із приписами законодавства про охорону здоров'я; труднощами визначення форми вини і відмежуванням необережних діянь медичних працівників від так званих лікарських помилок; приховуванням інформації про допущені порушення, високим рівнем професійної корпоративності медичних працівників і, як наслідок, латентністю аналізованих злочинів; недостатнім обсягом наявних у правоохоронців знань в галузі медицини.

Сказане стосується і ст. 134 КК України, яка передбачає відповідальність за так званий кримінальний аборт. Незаконне проведення абортів ставить у небезпеку життя і здоров'я вагітної жінки, може супроводжуватись різними ускладненнями – кровотечами, сепсисом, безпліддям, психічними аномаліями, гінекологічними та онкологічними захворюваннями, смертю тощо. Аборти не лише механічно, біологічно і психічно травмують організм жінки, а і нерідко стають причиною невиношування наступної вагітності (самовільних викиднів і передчасних пологів). Не дивлячись на наявність великої кількості наукових публікацій, присвячених проблемам кримінальної відповідальності за цей традиційний для вітчизняного законодавства злочин (зокрема, праці П. Андрушка, В. Глушкова, В. Смітєнка, К. Черевка, Т. Тарасевич, Г. Чеботарьової), чимало аспектів кримінально-правової характеристики незаконного проведення абортів і покарання за нього продовжують залишатись дискусійними. Актуальність обраної теми підтверджується і необхідністю усунення існуючої прогалини у кримінально-правовій охороні майбутнього (ненародженого) життя.

На думку Т. Тарасевич, склади злочинів, передбачених ст. 121 і ст. 134 КК, не конкурують між собою, а належать до суміжних, розмежувальною ознакою між якими є наявність (відсутність) згоди жінки на проведення такої операції. З урахуванням, зокрема, зарубіжного досвіду авторка пропонує вказати у диспозиції ч. 1 ст. 134 КК України на згоду вагітної на проведення операції штучного переривання вагітності [1, с. 89–90]. Видається, однак, що потреби в такому уточненні КК України немає, оскільки наявність згоди вагітної жінки на проведення абортів і так очевидна; вона однозначно впливає, зокрема, із законодавчого визначення абортів, закріпленого в ст. 50 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи) [2]. За відсутності вказаної згоди незаконне переривання вагітності вчинене утворюватиме склад іншого злочину проти здоров'я особи – умисного тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК). З аналізу вітчизняної юридичної літератури, а також матеріалів правозастосовної практики також не впливає що питання про розмежування вказаних складів злочинів потребує спеціального законодавчого вирішення.

Окремими дослідниками вказується на неправильність запровадження такої кваліфікуючої ознаки злочину, передбаченого ст. 134 КК, як безплідність, на тій підставі, що цей наслідок може бути встановлений лише після спливу значного часу, а стосовно особи, яка не досягла статевої зрілості, – тільки після її досягнення [3, с. 891]. Звернення до матеріалів правозастосовної практики і медичної літератури дозволяє стверджувати, що це не завжди так. Наприклад, вироком Оболонського районного суду м. Києва за ч. 2 ст. 134 КК засуджено лікаря-гінеколога Л. У березні 2008 р. Л., перебуваючи на пенсії, незаконно провела аборт потерпій А. не у спеціально-акредитованому закладі охорони здоров'я, а за місцем свого проживання. Унаслідок цього А. була госпіталізована до пологового будинку, де їй було проведено операцію і видалено матку з придатками [4]. Інкримінування Л. ч. 2 ст. 134 КК вважаємо правильним, адже вчиненням нею злочином потерпілій було спричинено безплідність. Наведений приклад є показовим у тому сенсі, що наявність безплідності жодних сумнівів не викликала. Отже, закріплення безплідності як кваліфікуючої ознаки аналізованого злочину загалом не суперечить здійсненості кримінального переслідування як одному з принципів криміналізації.

На думку П. Андрушка, оскільки ч. 2 ст. 134 КК передбачає відповідальність за незаконне проведення абортів, що спричинило тривалий розлад здоров'я чи смерть потерпілої, то настання таких наслідків внаслідок

¹ Стаття написана в співавторстві з В.В. Балабко та опублікована: Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 4. – С. 26–32.

проведення абортів лікарем-акушером-гінекологом на законних підставах при необережному ставленні до таких наслідків має кваліфікуватися за ст. 128 чи ст. 119 КК [5, с. 339–340]. Погоджуючись із тим, що у розглядуваній ситуації немає підстав для застосування ч. 2 ст. 134 КК, водночас зауважимо, що вказана поведінка лікаря-акушера-гінеколога має кваліфікуватись за наявності підстав за спеціальною кримінально-правовою нормою – ст. 140 КК.

Оскільки аборт – медичне втручання, яке має на меті переривання вагітності, диспозицією ст. 134 КК України не охоплюються випадки, коли викидень стає результатом наданням неякісної медичної допомоги вагітній жінці. Як і в попередній ситуації, у цьому разі вбачаються підстави для інкримінування винному медичному працівнику ст. 140 КК.

У період чинності попереднього КК В. Глушковым було висловлено думку про те, що у випадку настання внаслідок незаконного абортів тяжких наслідків медичний працівник, який здійснив незаконне переривання вагітності і після цього не надав жінці допомогу, повинен нести відповідальність за ч. 3 ст. 109 і ч. 2 ст. 113 КК 1960 р. [6, с. 116–117]. Нагадаємо, що в ч. 3 ст. 109 цього КК йшлося про незаконне проведення абортів, що спричинило тривалий розлад здоров'я або смерть, а в ч. 2 ст. 113 – про неподання допомоги хворому особою медичного персоналу, якщо воно спричинило тяжкі наслідки. Даючи кримінально-правову оцінку вчиненому у такій ситуації з точки зору чинного КК України, відзначимо, що вести мову у цьому разі про кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 134 і ч. 2 ст. 139 КК, буде неправильно. Адже за такої кваліфікації особі двічі інкримінуватиметься одна і та сама ознака (суспільно небезпечний наслідок), що порушуватиме принцип недопустимості подвійного інкримінування, закріплений у ч. 1 ст. 61 Конституції України і ч. 3 ст. 2 КК 2001 р.

К. Черевко пропонує доповнити ст. 134 КК новою частиною, яка б передбачала посилену відповідальність за незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні [7, с. 104–105, 172]. Можна сказати, що вказана пропозиція перегукується із позицією, відображеною в ст. 152 КК Польщі, згідно з якою відповідальність за незаконне переривання вагітності посилюється, якщо плід досяг здатності до самостійного життя поза організмом вагітної жінки. Формулювання «незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні», на перший погляд, виглядає тавтологічним, оскільки незаконність переривання такої вагітності впливає з положень регулятивного законодавства – зокрема, Основ і ЦК України. Разом з тим навряд чи можна виключити переривання вагітності понад 22 тижні, яке зумовлене станом крайньої необхідності, у зв'язку з чим вказівка на незаконність у цьому разі є виправданою.

Проблема юридичної оцінки незаконних посягань на життєздатний плід, безумовно, існує [8; 9, с. 43], а тому будь-які спроби, спрямовані на її вирішення, заслуговують на підтримку. Традиційною в кримінально-правовій науці є точка зору, відповідно до якої життя плоду, яке відбувається в утробі матері, слід відрізнити від життя людини; останнє, будучи самостійним позаутробним існуванням, розпочинається з початком фізіологічних пологів, а якщо говорити конкретніше, – із прорізуванням голівки дитини, що виходить з організму матері. У межах цього усталеного підходу плід в утробі матері – це лише частина організму вагітної жінки, а внутрішньоутробне умиртвіння плоду за наявності підстав, не будучи вбивством – злочином проти життя, може розцінюватись як злочин проти здоров'я – незаконне проведення абортів.

Звернемо увагу на те, що незаконне проведення абортів особою, яка має спеціальну медичну освіту, за відсутності зазначених у ч. 2 ст. 134 КК України наслідків (тривалого розладу здоров'я, безплідності або смерті потерпілої) кримінальну відповідальність не тягне незалежно від тривалості вагітності. При цьому плід, який знаходиться в утробі матері може бути вже повністю сформованим і життєздатним, а посягання на нього фактично межує з умисним вбивством. В Інструкції МОЗ з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості [10] зазначено, що народження плода до повного 22-го тижня вагітності зростом менше 25 см. та масою менше 500 г. незалежно від наявності ознак життя є викиднем. Пологи, які відбулися у період з 22-го повного тижня вагітності до закінчення 37-го тижня вагітності, у згаданому документі називаються не «викиднем», а «передчасними пологами», а загибель плода, що настала у період з 22-го повного тижня вагітності до початку пологів, – антенатальною смертю. З'ясований стан речей є підстави розглядати як прогалину у кримінально-правовій охороні майбутнього (ненародженого) життя, що є особливо неприпустимим з огляду на закріплення права на життя майбутньої дитини у ратифікованій Україною Конвенції ООН про права дитини. На нашу думку, вказана прогалина може бути усунена не шляхом перегляду згаданого вище усталеного підходу щодо початкового моменту життя людини, а завдяки вдосконаленню законодавчого описання складу злочину, передбаченого ст. 134 КК України.

Якщо запропоноване К. Черевком формулювання «незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні» заперечень не викликає, то правильність назви статті КК, в яку пропонується його включити у вигляді окремої частини («Незаконне проведення абортів») викликає сумнів. Річ у тім, що з точки зору регулятивного законодавства операція штучного переривання вагітності строком більше 22 тижнів не вважається абортів. До речі, Н. Крилова також звертає увагу на те, що назва ст. 123 КК РФ і вказівка в її

диспозиції на «аборт» не відповідає усталеній медичній термінології, адже вигнання плоду з організму жінки, якщо строк вагітності перевищує 22 тижні, вважається не аборт, а передчасними пологами [9, с. 43–44]. Тому складно погодитись із Т. Тарасевич, яка висловлюється за використання у тексті вдосконаленої ст. 134 КК України звороту «незаконне проведення операції штучного переривання вагітності (аборт)» [1, с. 182].

Постає і питання, яким чином конструктивна ідея посилювати кримінальну відповідальність у випадку переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні, поєднується з пропозицією доповнити КК окремою нормою про відповідальність за посягання на життєздатний плід людини [7, с. 41]. На наш погляд, зазначені пропозиції є такими, що одна одну виключають. Вважаємо, що проблема кримінально-правової охорони життєздатного плоду людини може бути вирішена шляхом законодавчого уточнення кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконне проведення штучного переривання вагітності, а загибель плоду, що настала у період з 22-го тижня вагітності, має визнаватись кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 134 КК.

Проти того, щоб пов'язувати кримінально-правову оцінку незаконного аборту з терміном вагітності, на якому здійснюється ця операція, виступає Г. Чеботарьова. Свою позицію авторка пояснює тим, що у медицині на сьогодні відсутні достовірні методи визначення такого терміну [11, с. 174]. На нашу думку, зміст Інструкції МОЗ з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості [10], яка визначення перинатального періоду, плоду, викидня (аборту) тощо пов'язує з термінами вагітності, а також регламентує ці терміни, спростовує правильність наведеної точки зору. У зв'язку з цим визнання загибелі плоду, що настала у період з 22-го тижня вагітності, кваліфікуючою ознакою аналізованого злочину не суперечитиме такому принципу криміналізації, як процесуальна здійсненість кримінального переслідування. Звичайно, якщо законодавець сприйме нашу пропозицію, на практиці буде поставати питання про психічне ставлення особи, яка здійснює протиправне переривання вагітності, до терміну вагітності потерпілої. Однак з урахуванням суті медичного втручання, забороненого ст. 134 КК, про казус у цьому разі говорити, за загальним правилом, навряд чи буде доречно.

Навіть якщо аборт здійснюється належним фахівцем, однак не у спеціально акредитованих закладах охорони здоров'я (наприклад, у домашніх умовах), за відсутності необхідного медичного обладнання або із застосуванням нових, таких що не пройшли клінічних випробувань, препаратів, він може заподіяти серйозну шкоду життю і здоров'ю жінки, у зв'язку з чим підстав для виключення лікарів акушерів-гінекологів з числа суб'єктів розглядуваного злочину немає. Вельми показовим у розглядуваному контексті вважаємо визначення, наведене в п. 1.5 Інструкції МОЗ про порядок проведення операції штучного переривання вагітності [12]: небезпечний аборт – це процедура переривання небажаної вагітності спеціалістом, який не володіє необхідними навичками, або в умовах, які не відповідають медичним стандартам. На тому, що злочином має визнаватись будь-яке незаконне проведення аборту особою медичного персоналу, свого часу справедливо наголошував В. Глушков [6, с. 119]. К. Черевко також висловлюється за розширення кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 134 чинного КК, за рахунок «лікарів-спеціалістів акушерів-гінекологів», які проводять аборт незаконно [7, с. 171 – 172]. Суспільну небезпеку незаконного проведення аборту Г. Чеботарьова пов'язує не стільки з тими негативними наслідками, що настають для здоров'я вагітної жінки, скільки з порушенням визначених державою вимог (заходів безпеки), покликаних мінімізувати можливість настання цих наслідків [11, с. 172, 343–344].

З огляду на викладене, диспозицію ч. 1 ст. 134 КК пропонуємо викласти у такій редакції: «Проведення штучного переривання вагітності особою із спеціальною медичною освітою в порушення встановленого порядку або особою, яка не має такої освіти, – карається...». Мабуть, не варто у тексті ст. 134 КК акцентувати увагу на тому, що особа із спеціальною медичною освітою штучно перериває вагітність у порушення порядку, встановленого законом. Адже належний порядок штучного переривання вагітності регламентується як законами (Основи і ЦК), так і підзаконними нормативно-правовими актами. Крім згаданої Інструкції про порядок проведення операції штучного переривання вагітності, це, зокрема: постанова КМУ від 15 лютого 2006 р. № 144 «Про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України»; Нормативи надання медичної допомоги жіночому населенню за спеціальністю «Акушерство і гінекологія» в умовах акушерсько-поліклінічних лікувальних закладів, затверджені наказом МОЗ від 28 грудня 2002 р. № 503; Нормативи надання стаціонарної акушерсько-гінекологічної та неонатологічної допомоги, затверджені наказом МОЗ від 29 грудня 2003 р. № 620; Положення про Комісію органу охорони здоров'я з визначення показань до штучного переривання вагітності, строк якої становить від 12 до 22 тижнів, затверджена наказом МОЗ від 20 липня 2006 р. № 508.

Пропоноване формулювання «проведення штучного переривання вагітності особою із спеціальною медичною освітою в порушення встановленого порядку», дозволяючи охопити у т. ч. випадки протиправного переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні, та беручи у такий спосіб під кримінально-правову охорону життєздатний плід людини, дозволить, крім всього іншого, не загромаджувати текст ст. 134 КК положеннями регулятивного законодавства.

К. Черевко висловлюється за доповнення ст. 134 чинного КК кваліфікуючою ознакою «з корисливих мотивів», мотивуючи свою пропозицію тим, що більшість злочинів, передбачених цією статтею, вчинюються саме з таких мотивів [7, с. 143–144, 151–153, 172]. Таку ж пропозицію стосовно ст. 109 КК 1960 р. висував В. Глушков, мотивуючи її тим, що відсутність зазначеної кваліфікуючої ознаки знижує ефективність цієї кримінально-правової норми [6, с. 65]. На включенні в ст. 123 КК РФ, присвячену незаконному проведенню штучного переривання вагітності, такої кваліфікуючої ознаки, як корислива мета, наполягає Н. Крилова [9, с. 53].

Погоджуючись з тим, що злочин, караний за ст. 134 КК України, у переважній більшості вчиняється з корисливих спонукань, водночас висловимо незгоду із вказаною пропозицією щодо вдосконалення цієї кримінально-правової норми. Адже однією з вироблених доктриною (Л. Кругліков, Т. Леснієвські-Костарева, Н. Лопашенко та ін.) вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. Тобто ознаки, які є типовими для злочину певного виду (у нашому випадку – це вчинення незаконного проведення абортів з корисливих мотивів), повинні регламентуватись у межах основного, а не кваліфікованого складу злочину.

Щодо пропозиції доповнити ст. 134 КК такою кваліфікуючою ознакою, як незаконне проведення абортів з метою використання ембріону, його тканин, органів чи клітин [11, с. 539], варто зауважити, що Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» [13] встановлює умови надання для трансплантації фетальних матеріалів – це анатомічні матеріали мертвого ембріону (плоду) людини. Тому й у тексті КК бажано використовувати термін регулятивного законодавства «фетальні матеріали». Разом з тим розвиток фетальної трансплантації ставить на порядок денний питання про криміналізацію поведінки жінок, які вагітніють з метою у подальшому штучно перервати вагітність (причому аборт здійснюватиметься у встановленому порядку, а не незаконно) і передати фетальні матеріали певному реципієнту або продати їх.

На перший погляд, санкцію ч. 1 ст. 134 КК варто доповнити таким додатковим покаранням, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Факультативність цього покарання пояснюється тим, що суб'єктом проведення штучного переривання вагітності відповідно до ч. 1 ст. 134 КК у редакції, запропонованій нами, може бути як особа із спеціальною медичною освітою, так і той, хто не має такої освіти. Вважаємо, однак, що вдосконалювати санкцію ч. 1 ст. 134 КК у зазначений спосіб не варто. Річ у тім, що вказівка у цій нормі КК на позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю на певний строк або без такого не виправдано дублюватиме положення Загальної частини КК України. Відповідно до ч. 2 ст. 55 КК позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене й у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із зайняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю. З цієї ж причини із санкції ч. 2 ст. 134 КК, а так само ст. 132, ч. 2 ст. 139, ч. 2 ст. 142, ч.ч. 1, 3 ст. 143, ч. 2 ст. 144 КК пропонуємо виключити слова «з позбавленням права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю на строк до трьох років або без такого».

Щодо вказаного в санкції ч. 2 ст. 134 КК обмеження волі як основного покарання, то відповідно до ч. 2 ст. 61 КК суд може призначити це покарання на строк один рік, що, вважаємо, є необґрунтованим. До того ж, як слушно зауважує О. Литвак, ненаведення у санкції норми КК України мінімального строку покарання є недоречним, оскільки знижується інформативність закону щодо можливих правових наслідків злочину [14, с. 184]. З урахуванням тяжкості суспільно небезпечних наслідків кваліфікованого переривання вагітності та порівняльного аналізу санкцій норм КК України про відповідальність за злочини, які є близькими до вказаного злочину за суспільною небезпекою, пропонуємо підвищити нижню межу покарання у вигляді обмеження волі до трьох років.

1. Тарасевич Т. Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Тарасевич Тетяна Юріївна. – К., 2011. – 232 с.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.
3. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: моногр. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.
4. Кримінальна справа № 1-413 // Архів Оболонського районного суду м. Києва за 2008 рік.
5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : У 2 т. [за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка]. – [3-тє вид. перероб. та доп.]. – К.: Алерта ; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – Т. 1. – 964 С.

6. Глушков В. А. Ответственность за преступления в области здравоохранения / В. А. Глушков. – К. : Вища школа, 1987 – 198 с.
7. Черевко К. О. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика незаконного проведення абортів: моногр. / Черевко К.О.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О.М. Литвинова. – Х. : НікаНова, 2012. – 196 с.
8. Орлеан А. Уголовно-правовая охрана человека до момента его рождения в Украине / А. Орлеан // Юридическая практика. – 2005. – 26 апреля. – № 17.
9. Крылова Н. Е. Ответственность за незаконное производство аборта и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни / Н. Е. Крылова // Вестник Московского университета. – 2002. – № 6. – С. 38–53 (Серия 11. Право).
10. Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості та Порядок реєстрації живонароджених і мертвонароджених. Затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2006 р. № 179 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06>.
11. Чеботарьова Г. В. Кримінально-правова охорона правопорядку в сфері медичної діяльності: моногр. / Г. В. Чеботарьова. – К.: КНТ, 2011. – 616 с.
12. Інструкція про порядок проведення операції штучного переривання вагітності. Затверджена наказом Міністерства охорони здоров'я України від 20 липня 2006 р. № 508 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1155-06>.
13. Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» від 16 липня 1999 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1007-14>.
14. Литвак О. М. Держава і злочинність: моногр. / О. М. Литвак. – К. : Атіка, 2004. – 304 с.

НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ ПРОФЕСІЙНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ І ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА¹

Ст. 49 Конституції України проголошує право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. На значущість належної медичної допомоги вказує і ст. 25 Загальної декларації прав людини, в якій зазначено, що кожна людина має право та такий життєвий рівень, включаючи медичний догляд, який є необхідним для підтримання здоров'я її самої та її сім'ї. Ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, визначаючи право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я, зобов'язує держави для здійснення цього права створювати умови, які б забезпечували всім медичну допомогу і медичний догляд у разі хвороби.

Проблеми кримінальної відповідальності медичних працівників за порушення своїх професійних обов'язків плідно досліджувались, зокрема, такими радянськими, українськими і зарубіжними науковцями, як П. Андрушко, А. Байда, Ф. Бердичевський, Л. Брич, В. Глушков, О. Громов, І. Концевич, Н. Крилова, М. Малєїна, Н. Павлова, Г. Рустємова, І. Сенюта, С. Стеценко, Т. Тарасевич, С. Тасаков, І. Тяжкова, І. Філь, К. Черевко, В. Ясеницький. Вказані проблеми стали предметом захищеної в 2011 р. докторської дисертації Г. Чеботарьової «Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності».

Незважаючи на теоретичну значущість праць названих науковців, чимало аспектів кримінальної відповідальності медичних працівників за вчинення злочинів проти життя і здоров'я особи продовжують належати до числа дискусійних. Явна невідповідність кількості скарг, поданих до правоохоронних органів у зв'язку із наданням неякісної медичної допомоги, числу медичних працівників, засуджених за порушення професійних обов'язків, розповсюдженість практики накладення дисциплінарних стягнень на медичних працівників, у поведінці яких фактично вбачаються ознаки кримінально каранних діянь, численні повідомлення у ЗМІ про кричущі випадки злочинної недбалості медичних працівників із тяжкими наслідками засвідчують актуальність обраної теми. Метою пропонованої статті є висвітлення проблемних аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 140 КК України, і на підставі цього формулювання пропозицій щодо вдосконалення законодавства про відповідальність за неналежне виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків.

Передусім зазначимо, що ст. 140 КК України 2001 р. стала серйозною законодавчою новелою. Звичайно, не можна говорити, що до набрання чинності цим Кодексом випадки злочинно-недбального ставлення медичних працівників до виконання професійних обов'язків не визнавались кримінально караними діями, адже вони розцінювались у правозастосовній практиці як необережні вбивства чи тілесні ушкодження. «Введення до Кримінального кодексу ст. 140 – це перший крок до визначеності важливості відрізнити саме порушення професійної діяльності медиків та можливості правильного відмежування таких злочинів від випадків, за які не повинна настати кримінальна відповідальність – це медична помилка чи нещасний випадок» [1, с. 43]. На наш погляд, включення до КК України ст. 140, яке пояснюється специфічністю сфери докладання професійних зусиль медичних працівників, покликане було сприяти однаковості судової практики, дотриманню принципу невідворотності кримінальної відповідальності за скоєне, а також забезпечувати посилений кримінально-правовий захист життя і здоров'я людини. Щоправда, реалії виявились не такими райдужними.

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 140 КК, характеризується: 1) діянням (дією чи бездіяльністю) – невиконанням чи неналежним виконанням медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбального чи несумлінного до них ставлення; 2) наслідками у вигляді тяжких наслідків для хворого; 3) причинним зв'язком між вказаними діянням та наслідками. За ст. 140 КК можуть кваліфікуватися, зокрема, такі діяння: несвоєчасний або неправильний діагноз захворювання, залишення хворого без належного медичного догляду, переливання крові іншої групи, залишення сторонніх предметів в організмі хворого під час хірургічної операції, застосування неправильного лікування, недостатній контроль за медичною технікою, порушення правил виготовлення, зберігання або застосування лікарських засобів, невстановлення належного лікувально-охоронюваного режиму для хворих, які страждають на психічні розлади, невиконання медсестрою вказівки лікаря щодо застосування до хворого ліків чи процедур, інфікування хворобою (наприклад, гепатитом С) під час хірургічного втручання, переливання крові або трансплантації органу, радіаційне ураження при променевій терапії.

Так, вироком Приморського районного суду Запорізької області М. засуджено за ч. 1 ст. 140 КК. 28 вересня 2007 р. М., працюючи на посаді лікаря-ортопеда-травматолога Приморської ЦРЛ, при виявленні у хворого П. лівостороннього плечового періартриту, запального дистрофічного захворювання м'яких тканин, що оточують суглоби, призначив лікування препаратом «Дипроспан». Неналежно виконуючи свої професійні обов'язки, М.

¹ Стаття написана в співавторстві з В.В. Балабко та опублікована: Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2012. – № 2. – С. 64–80.

проігнорував наявність у хворого П. захворювання на цукровий діабет, при якому протипоказано введення препарату «Дипроспан», особисто ввів хворому П. вказаний препарат за допомогою ін'єкції в ділянку шиї. Внаслідок недостатнього обстеження лікарем М. хворого П. та ігнорування наявності у нього захворювання на цукровий діабет, а також перевищення дозування препарату «Дипроспан» у хворого П. виникло захворювання у вигляді гнійного артриту лівого плечового суглобу, парартикулярної флегмони, м'язової флегмони передньої поверхні грудної клітини, що відповідно до висновку судово-медичної експертизи є тілесними ушкодженнями середньої тяжкості [2].

Вжитий у ч. 1 ст. 140 КК зворот «внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення» не несе змістовного навантаження, а тому може бути безболісно виключений з диспозиції цієї кримінально-правової норми. Адже, крім того, що він є певною мірою тавтологічним [3, с. 754, с. 781], цей зворот наводить на думку про те, що медичний працівник порушує свої професійні обов'язки необережно, хоч насправді обов'язки, пов'язані з наданням медичної допомоги, можуть порушуватись ним і умисно.

Оскільки диспозиція ст. 140 КК має бланкетний характер, у кожному випадку її застосування має встановлюватися, які саме професійні обов'язки покладались на винну особу та які з цих обов'язків не виконані взагалі або виконані неналежним чином, а також вимоги яких конкретно нормативних актів (інструкцій, правил, вказівок тощо) порушено винним. Суб'єктом аналізованого злочину можуть бути порушені, зокрема, затверджені МОЗ клінічні протоколи надання медичної допомоги за тією чи іншою спеціальністю. Так, жителька Львова П. померла через те, що її лікували від вегето-судинної дистонії, хоч насправді (як це посмертно встановила судово-медична експертиза) вона хворіла на неспецифічний аортоартерейт, який призвів до анеризми висхідного відділу аорти з послідовним її розривом. У клінічному протоколі надання медичної допомоги хворим на анеризму висхідної аорти вказано, на що скаржаться такі хворі, – на болі з локалізацією за грудиною. Однак такі скарги з боку П. лікарі – сімейний лікар, кардіолог і завідувач денного терапевтичного стаціонару – проігнорували [4].

Уніфікація діагностичних і лікувальних процедур за допомогою затверджених МОЗ клінічних протоколів надання медичної допомоги вважається прогресивним кроком, що поліпшує регулювання медичної діяльності і полегшує кваліфікацію злочинів, вчинюваних медичними працівниками. Водночас, як правильно пише Д. Крупко, при використанні цих протоколів у т. ч. при кваліфікації злочинів слід враховувати, що «в лікаря дуже часто виникає необхідність динамічної корекції переліку показаних в протоколі діагностичних та лікувальних процедур з урахуванням особливостей перебігу хвороби в конкретного пацієнта та особливостей його організму» [5, с. 193]. Як бачимо, розвиток регулятивного (медичного) законодавства не дозволяє повністю вирішити проблему конкретизації обвинувачення, що впливає з бланкетного способу викладення кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 140 КК.

Варто також враховувати, що встановлення діагнозу та вибір конкретного способу і методу лікування залежать від багатьох чинників, зокрема, індивідуальних особливостей організму хворого, досягнень медичної науки і досвіду лікувальної діяльності, а тому не можуть бути заздалегідь і повністю регламентовані у законодавчому порядку. В юридичній літературі з цього приводу вказується, що лікар щодня має справу з нетиповими завданнями, нетиповим перебігом патологічних процесів, із дуже складним людським організмом. Медична допомога становить собою особливий вид творчої активності; лікар завжди діє за умов неповного знання про об'єкт впливу, що передбачає необхідність нестандартного підходу у кожному конкретному випадку [6, с. 199–200].

Тому одним з авторів цих рядків раніше було зазначено, що особою, винною у вчиненні злочину, передбаченого ст. 140 КК, можуть бути порушені правила як нормативного, так і деонтологічного (професійного) характеру [7, с. 349]. На перший погляд висловлена точка зору потребує уточнення. Адже деонтологія – це складова медичної етики, яка займається проблемами належної поведінки медика при безпосередньому виконанні ним своїх професійних обов'язків [8, с. 45]. Іманентною ж властивістю злочинної бездіяльності як форми злочинної поведінки особи визнається наявність не морального, а правового обов'язку особи діяти певним чином у конкретній ситуації. Звідси нібито випливає, що про порушення винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 140 КК, правил саме деонтологічного характеру можна говорити лише у тій частині, у якій ці правила знайшли відображення у нормативно-правових актах.

Вважаємо, однак, що положення про можливість порушення відповідним суб'єктом правил медичної деонтології є слушним і таким, що ґрунтується на положеннях регулятивного законодавства. Річ у тім, що ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р. (далі – Основи) до професійних обов'язків медичних і фармацевтичних працівників відносить у т. ч. обов'язок дотримуватись вимог професійної етики і деонтології.

В юридичній літературі зустрічається точка зору, згідно з якою умовою настання кримінальної відповідальності медичного працівника за заподіяння шкоди життю або здоров'ю людини є прямий причинний зв'язок між неправильною поведінкою медичного працівника і заподіяною ним шкодою [9, с. 19]. Більш вда-

лим виглядає висловлювання М. Ковальова та І. Вермеля про те, що кримінальна відповідальність медичних працівників може наставати, зокрема, якщо їхня неправомірна поведінка прямо або побічно сприяє настанню смерті хворого або заподіяння істотної шкоди його здоров'ю [10, с. 58]. Водночас і ця думка потребує уточнення, адже не варто ототожнювати такі детермінуючі фактори, як причина та умови. Останні, на відміну від причини, хоч і відіграють певну роль у розвитку причинного зв'язку (можуть його пришвидшувати або, навпаки, гальмувати), самі по собі не спроможні у конкретній обстановці породжувати ті чи інші наслідки. Про складність розмежування зазначених детермінуючих факторів свідчить такий приклад із практики, описаний у літературі. Хворому із післяопераційним перитонітом було помилково перелито 100 мл крові іншої групи, після чого хворий помер. Лікар, який здійснив це переливання крові, не був притягнутий до кримінальної відповідальності, оскільки було встановлено, що смерть хворого настала від перитоніту, а не від переливання крові іншої групи [11, с. 54].

Зважаючи на те, що процес лікування може ускладнюватись особливими умовами на боці потерпілого (погіршення його стану, загострення хвороби тощо), А. Байда пропонує застосовувати таке правило: «... коли буде встановлено, що дії винного усунули якраз ту перешкоду, яка блокувала початок деструктивного процесу, такі дії слід визнати причиною шкідливих наслідків, що настали» [12, с. 11].

Цілком очевидно, що розібратись у таких нюансах без допомоги фахівців у тій чи іншій галузі медицини юристу проблематично. При цьому слід враховувати, що на практиці не рідкістю є випадки, коли перед судово-медичними експертами ставиться кримінально-правове за своїм характером питання, чи перебувало діяння медичного працівника у причинному зв'язку з наслідками, що настали. Між тим, визначення наявності причинного зв'язку між порушенням особою відповідних правил і наслідками, які настали, є компетенцією слідчого, прокурора, суду.

Окремі автори вважають, що склад злочину, передбаченого ст. 140 КК, наявний лише у тому разі, коли встановлено необхідний причинний зв'язок, за якого настання шкідливих наслідків є закономірним результатом вчиненого злочинного діяння. Водночас відзначається, що у злочинах медичних працівників нерідко зустрічається випадковий причинний зв'язок, за якого наслідки настають в результаті не закономірного розвитку подій, а збігу обставин [11, с. 53–54; 13, с. 298]. Тут доречно нагадати, що серцевиною теорії необхідного спричинення, яка тривалий час була пануючою на теренах колишнього СРСР, є положення про те, що підставою кримінальної відповідальності є лише необхідний причинний зв'язок; наявність випадкового причинного зв'язку таку відповідальність виключає. Критика цього підходу зводиться до того, що для кримінального права не має значення те, чи є злочинні наслідки необхідними або випадковими. Як свідчить аналіз законодавства і судової практики, в багатьох умисних і в більшості необережних злочинів наслідки носять саме випадковий характер, тобто не є неминучим (закономірним) результатом вчиненого діяння, оскільки залежать від численних ситуативних факторів. Це не виключає кримінальну відповідальність особи за умови, що вона могла передбачати настання цих наслідків або спеціально була зобов'язана їм запобігти. Як слушно зазначає Н. М. Ярмиш, необхідність як антипод випадковості взагалі не може бути характеристикою причинного зв'язку. Породження є породженням; воно не може бути ні необережним, ні випадковим [14, с. 78].

Отже, з точки зору кваліфікації за ст. 140 КК причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони передбаченого цієї статтею складу злочину може бути як прямим – безпосереднім (наприклад, у випадку ін'єкції лікарського засобу, що є неприйнятним для певного пацієнта), так і опосередкованим і ускладнюватись необережною поведінкою самого потерпілого та іншими чинниками, включаючи природний несприятливий розвиток хвороби і винну діяльність декількох суб'єктів.

Так, до лікування хворого можуть долучатись кілька медичних працівників, кожен з яких тією чи іншою мірою здатен вплинути на заподіяння шкоди життю або здоров'ю людини. «Якщо мова йде про терапевтичне захворювання, то, крім лікуючого лікаря, в лікуванні пацієнта беруть участь медична сестра (яка виконує призначені лікарем процедури), працівники лабораторій (які здійснюють дослідження крові та інших біологічних рідин людини), працівники спеціалізованих кабінетів (фізіотерапевтичного, рентгенографічного, комп'ютерної томографії та ін.). Якщо ж розглядати хірургічного хворого, то до його лікування причетні і хірург, який робив операцію, і анестезіолог, і операційна сестра» [8, с. 274]. Інакше кажучи, має місце ситуація спільного заподіяння наслідку необережною поведінкою кількох осіб, коли необхідно враховувати ступінь участі кожного із суб'єктів у заподіянні єдиного злочинного результату.

Розглядуваний злочин вважається закінченим з моменту настання тяжких наслідків для хворого. У 28,2 % вивчених нами кримінальних справ внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків медичним працівником наставала смерть пацієнта, а у 47,4 % – тяжкі тілесні ушкодження. Щоправда, в юридичній літературі суперечливо вирішується питання, чи охоплюється смерть хворої людини вжитим у ст. 140 КК поняттям «тяжкі наслідки».

Так, Я. Лизогуб з цього приводу пише, що невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення,

якщо це спричинило смерть хворої людини, можна розцінювати як необережне вбивство (ст. 119 КК), яке вчинене медичним або фармацевтичним працівником під час виконання ним своїх професійних обов'язків. Науковець вважає, що за умови розуміння тяжких наслідків як результату, що проявився у вигляді смерті хворого потерпілого, ч. 1 ст. 140 КК і ч. 1 ст. 119 КК України будуть співвідноситися між собою як спеціальна і загальна норми. Вчинення діянь, передбачених ст. 140 КК України, якщо вони призвели до смерті потерпілого, пропонується кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 140 та ст. 119 КК, оскільки смерть людини знаходиться за межами складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК. Стверджується, що штучне її введення до змісту тяжких наслідків з точки зору кваліфікації за ст. 140 КК України та, відповідно, створення у такий спосіб кримінально-правової конкуренції норм не є виправданим [15, с. 86–87]. На думку Л. Брич, оскільки санкція ч. 1 ст. 140 КК є м'якшою, ніж санкція ч. 1 ст. 119 КК, а сам факт наявності у законодавстві терміну «особливо тяжкі наслідки» показує, що існують ще наслідки, крім смерті, котрі законодавцем вважаються більш тяжкими, ніж «тяжкі наслідки», поняття «тяжкі наслідки» не охоплює шкоду такого характеру, як смерть людини. У зв'язку з цим неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків, що спричинило смерть одного потерпілого (хворого), має кваліфікуватись як вбивство через необережність за ч. 1 ст. 119 КК [16, с. 26–27]. Натомість чимало інших авторів відносять до тяжких наслідків як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 140 КК, у т. ч. смерть особи [1, с. 43; 13, с. 297; 17, с. 355; 18, с. 66].

На наш погляд, ст. 140 КК (у частині заподіяння смерті особи) є спеціальною нормою щодо ч. 1 ст. 119 КК, у зв'язку з чим кваліфікація невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, що спричинило смерть потерпілого, за сукупністю вказаних норм видається неприйнятною. Така кваліфікація суперечитиме загальноновизнанам у кримінальному праві положенням про те, що у разі конкуренції загальної і спеціальної норми застосуванню підлягає остання і що діяння не може бути одночасно кваліфіковане за загальною і спеціальною нормами. При цьому не має значення, яким чином інкримінування спеціальної норми впливатиме на покарання – буде воно більш або, навпаки, менш суворим порівняно з покаранням, яке б призначалось на підставі загальної норми.

Сприймається викладений підхід і судовою практикою. Так, 19 травня 2007 р. до хірургічного відділення Рокитнянської ЦРЛ доставлено хворого А., якого було оглянуто лікарем-хірургом В. Останній встановив діагноз (рак шлунку, кахексія, метастази в печінку, асцит, ендогенна інтоксикація) і призначив лікування. Наступного дня потерпілий А. помер. Відповідно до висновку судово-медичної експертизи смерть А. настала внаслідок закритої травми живота з розривом тонкого кишківника, що спричинило розвиток перитоніту. Відповідно до висновку комісійної судово-медичної експертизи тілесні ушкодження, виявлені у потерпілого А. у вигляді закритої травми живота, розриву тонкого кишківника з розвитком перитоніту на момент їх отримання не були несумісними з життям і при своєчасному та адекватному лікуванні можна було запобігти смерті хворого. Судом встановлено, що лікар В. встановив потерпілому А. невірний діагноз, відповідно, лікування потерпілого провів неправильно. Рокитнянським районним судом Київської області дії В. кваліфіковані за ч. 1 ст. 140 КК [19].

Апеляційним судом Чернігівської області лікаря-акушера-гінеколога Бахмацької ЦРЛ р. засуджено за ч. 1 ст. 140 КК. Неналежно виконуючи свої професійні обов'язки, р. під час прийняття пологів у потерпілої М. у порушення вимог законодавства не здійснила оцінку обсягу маткової крововтрати доступними методами, що призвело до недооцінки крововтрати породіллі М. та в подальшому до недостатнього обсягу та якісного складу трансфузійної терапії. Внаслідок цього у потерпілої М. стався геморагічний шок і настала її смерть. Відповідно до висновку комісійної судово-медичної експертизи причиною смерті потерпілої М. є геморагічний шок, який розвинувся в результаті масивної кровотечі при розриві шийки матки, який виник під час проходження плоду через природні пологові шляхи, та є ускладненням раннього післяпологового періоду [20].

Цілком очевидно, що розглядувана проблема кваліфікації неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником значною мірою зумовлена недосконалістю санкції ч. 1 ст. 140 КК, а тому вона потребує відповідного уточнення. Віднесення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК, із максимальною санкцією у вигляді позбавлення волі на строк до двох років до злочинів невеликої тяжкості є очевидно необґрунтованим кроком законодавця у зв'язку з тяжкістю суспільно небезпечних наслідків, спричинюваних цим злочином, а так само специфічністю статусу винної у цьому злочині особи. Санкція ч. 1 ст. 140 КК явно не узгоджена із санкцією ч. 1 ст. 119 КК, яка передбачає покарання у вигляді обмеження волі від трьох до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк. Переконані в тому, що до медичних працівників – «людей у білих халатах», на професійність і порядність розраховують ті, хто звертається за медичною допомогою, повинні висуватися підвищені вимоги стосовно захисту життя і здоров'я та, як наслідок, на них має покладатись більш суворе кримінальна відповідальність за вчинення професійних злочинів проти життя і здоров'я людини. При бажанні законодавцю можна закинути непослідовність: ч. 2 ст. 139 КК, яка також передбачає настання тяжких наслідків для людини, включаючи її смерть, описує ознаки злочину середньої тяжкості. Крім цього, потрібно чітко визначити у кримінальному законі відповідні суспільно небезпечні наслідки. Їх описання в ч. 1 ст. 140 КК, на наш погляд, могло б набути такого вигляду: «смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки».

Щодо співвідношення складів злочинів, передбачених чинними редакціями ст.ст. 139, 140 КК, варто зазначити, що такий різновид невиконання медичним працівником своїх професійних обов'язків, як ненадання без поважних причин допомоги хворому, якщо це спричинило тяжкі наслідки, слід кваліфікувати за спеціальною нормою – ч. 2 ст. 139 КК. Розмежувальними ознаками складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 139 і ст. 140 КК, виступають потерпілий і характер злочинного діяння: якщо ненадання допомоги хворому медичним працівником виражається лише у бездіяльності, то неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником – як у діях, так і в бездіяльності. Такої ж думки дотримується П. Андрушко, який пише, що «ненадання без поважних причин допомоги хворому медичним працівником є нічим іншим, як невиконанням своїх професійних обов'язків, тобто склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 139 КК України, є спеціальним щодо складу злочину, передбаченого ст. 140 КК України, при його вчиненні шляхом невиконання взагалі покладеного обов'язку по наданню медичної допомоги хворому, а тому дії винного мають кваліфікуватися у подібних випадках за ч. 2 ст. 139 КК України» [17, с. 356]. На користь викладеної точки зору вказує те, що у ст. 78 Основ закріплено такий професійний обов'язок медичних працівників, як безоплатне надання першої невідкладної медичної допомоги громадянам у разі нещасного випадку та в інших екстремальних ситуаціях.

З приводу розглядуваного співвідношення В. Марєєв зауважує, що поняття «невиконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків» з точки зору об'єктивної сторони є схожим із поняттям «ненадання допомоги хворому». Але останнє поняття є вузьким, фактично різновидом першого, оскільки, крім надання медичної допомоги, на медичних і фармацевтичних працівників покладено виконання низки інших обов'язків – наприклад, належним чином вести медичні картки пацієнтів [21, с. 571]. Загалом погоджуючись із наведеними міркуваннями, водночас хотіли б сказати про те, що досить важко собі уявити, яким чином невиконання медичним працівником, скажімо, такого професійного обов'язку, як ведення медичних карток пацієнтів, може призвести до заподіяння тяжких наслідків для пацієнтів, як цього вимагає ст. 140 чинного КК.

Оскільки поняття «ненадання допомоги хворому медичним працівником» входить до більш широкого поняття «невиконання професійних обов'язків медичним працівником», постає питання взагалі про доцільність подальшого окремого існування ст. 139 КК. З приводу близькості кримінально-правових заборон, передбачених ст.ст. 139, 140 КК, зазначимо, що передбачені цими нормами злочини стосуються якості надання медичної допомоги, пов'язані з безпосереднім виконанням (а точніше – невиконанням) медичними працівниками своїх професійних обов'язків і посягають на життя та здоров'я людини. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне виключити з КК України ст. 139, а за діяння, описане нею, передбачити відповідальність у ст. 140 КК. Крім всього іншого, у такий спосіб вдасться усунути невизначеність з питання про те, ненадання якої саме допомоги має на увазі чинна редакція ст. 139 КК, – виключно медичної чи й іншої (наприклад, відмова працівника аптеки надати телефон для виклику карети швидкої медичної допомоги). Щодо діяння, караного наразі за ч. 1 ст. 139 КК, тобто ненадання допомоги хворому медичним працівником, якщо це не спричинило смерть хворого або інші тяжкі наслідки, то, на нашу думку, має рацію М. Малєїна, яка вважає, що у такій ситуації до винного гуманніше та ефективніше застосовувати не кримінальну, а дисциплінарну і цивільну відповідальність [22, с. 155].

Крім цього, пропонуємо уточнити назву ст. 140 КК, оскільки вона не повною мірою відображає її зміст. Такої ж думки дотримується І. Кирилюк [23, с. 15]. У зв'язку з цим пропонується таке формулювання назви ст. 140 КК: «Невиконання чи неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником».

Суб'єктивна сторона злочину неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК) визначається психічним ставленням до суспільно небезпечних наслідків і характеризується необережністю. При цьому у літературі зустрічається думка про те, що і у випадку помилкового заподіяння потерпілому тяжких наслідків медичні працівники повинні нести кримінальну відповідальність. Адже будь-яке посягання на життя та здоров'я людини з боку медичного працівника не може бути безкарним, а їх постійне виправдання призводить до байдужого ставлення до пацієнтів. У зв'язку з цим медичну помилку пропонується визнавати формою караного за ст. 140 КК невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним працівником [24, с. 128; 25, с. 9].

Появу подібних міркувань можна зрозуміти з огляду на ситуацію, яка склалась на сьогодні з якістю медичної допомоги. Водночас ця точка зору не може бути прийнята, оскільки згідно з чинним КК України відповідальність може наставати лише за ті суспільно небезпечні діяння, які вчинені або умисно, або з необережності. Якщо медичний працівник не передбачав можливості настання суспільно небезпечних наслідків і з урахуванням конкретної ситуації не міг і не повинен був їх передбачити, то, з огляду на законодавче поєднання об'єктивного та суб'єктивного критеріїв злочинної недбалості як виду необережності, відповідальність за ст. 140 КК виключається. У цьому разі, на наше переконання, має місце невинна лікарська помилка, якої не можна уникнути навіть за найсумліннішого ставлення до своїх професійних обов'язків і яка може бути викликана, наприклад, особливою складністю діагностики незвичної хвороби, анатомічними чи фізіологічними аномаліями організму конкретної людини, атипичним розвитком хвороби, несподіваною алергічною

реакцією, побічною дією ліків, відсутністю специфічної (притаманної тільки раку) симптоматики ранніх форм злоякісних новоутворень. Так, фахівці звертають увагу на те, що у 10 % носіїв алергії на ліки може виникнути анафілактичний шок, від якого помруть 10 % із них; проблема побічної дії ліків і, зокрема, лікарської алергії існуватиме доти, доки застосовуватимуться ліки [26].

Працюючи акушером-гінекологом пологового будинку Центру охорони матері і дитини «Лівобережжя» м. Києва, Ж. з урахуванням діагнозу, поставленого нею К., і неможливості розродження через природні пологові шляхи прийняла рішення про проведення операції «кесарів розтин». Під час операції Ж. скальпелем пошкодила дитині ліве око і шкіру, чим заподіяла їй тяжке тілесне ушкодження. В ухвалі судової колегії в кримінальних справах ВСУ зазначається, що Ж. в екстремальній ситуації, що склалась із розродженням К., діяла методично вірно та професійно і за відсутності можливості діагностування плода не передбачала, не повинна була і не могла передбачити наслідки, що настали, – поранення скальпелем ока дитини. Тобто у цьому разі мав місце казус (випадок), який виключає кримінальну відповідальність Ж. [27].

На погляд Г. Чеботарьової, з чим загалом слід погодитись, лікарська помилка, причиною якої є невігластво медичного працівника, може кваліфікуватися як необережний злочин. Так, якщо медичний працівник не передбачає негативних наслідків вчинених ним професійних дій внаслідок незнання обставин, які він повинен і міг знати як фахівець у певній галузі, заподіяння цих наслідків визнається винним (вид вини – злочинна недбалість). Якщо ж незнання медичним працівником тих чи інших положень медичної науки є результатом об'єктивних причин (наприклад, відсутність відповідного навчального курсу у вищому навчальному закладі), таке незнання не може вважатися підставою для кримінальної відповідальності [28, с. 440]. Варто уточнити, що відсутність передбачення можливості настання суспільно небезпечних наслідків як характеристика їх невинного заподіяння (інакше кажучи, казусу) може бути пов'язана з особистісними властивостями конкретного суб'єкта, у т.ч. його віком, досвідом, навичками, кваліфікацією, освітою.

З точки зору чинного КК України якщо тяжкі наслідки для хворого стали результатом недостатніх навичок, досвіду і кваліфікації медичного працівника або настали внаслідок інших обставин, які не залежали від нього, однак перешкодили йому виконати професійні обов'язки у повному обсязі і з належною якістю, відповідальність цього працівника за ст. 140 КК виключається. Підтримуючи домінуючу у фаховій літературі точку зору, вважаємо, що лікарською помилкою має визнаватись зумовлена об'єктивними або суб'єктивними чинниками добросовісна омана лікаря за відсутності ознак необережного злочину.

Проведене дослідження дозволяє висунути такі пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства: 1) із КК України виключити ст. 139; 2) ст. 140 КК викласти в такій редакції:

«Стаття 140. Невиконання чи неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником

1. Невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків, якщо воно спричинило смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки, –

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Діяння, передбачене частиною першої цієї статті, якщо воно спричинило смерть неповнолітнього або інші тяжкі наслідки для нього, або смерть двох чи більше осіб, –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до восьми років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

1. Стеценко С. Г. Медичне право України (реалізація та захист прав пацієнтів) : монографія / С. Г. Стеценко, В. О. Галай. – К. : Атіка, 2010. – 168 с.
2. Кримінальна справа № 1-75/2008 / Архів Приморського районного суду Запорізької області за 2008 рік.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1258 с.
4. Зозулінський Т. Достукатися до медичних небес / Т. Зозулінський // Юридичний вісник України. – 22–28 вересня 2012 р. – № 38.
5. Крупко Д. І. Встановлення обов'язку надати медичну допомогу в контексті ст. 139 КК / Д. І. Крупко // Правова держава. – 2010. – № 12. – С. 188–193.
6. Костикова Е. О. Медицинская деятельность как деятельность в условиях обоснованного риска / Е. О. Костикова // Ученые записки Орловского государственного университета. – 2009. – № 3. – С. 197–205.

7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
8. Стеценко С. Г. Медичне право України : підручник / За заг. ред. д.ю.н., проф. С. Г. Стеценка / С. Г. Стеценко, В. Ю. Стеценко, І. Я. Сенюта. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 507 с.
9. Кореневский Ю. Расследование причинения вреда здоровью медицинскими работниками / Ю. Кореневский // Законность. – 1999. – № 4. – С. 16–20.
10. Ковалев М. Критерии уголовной ответственности медицинских работников за ненадлежащее лечение / М. Ковалев, И. Вермель // Социалистическая законность. – 1987. – № 4. – С. 58–59.
11. Черніков Є. Причинний як обов'язкова ознака об'єктивної сторони неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником / Є. Черніков // Вісник прокуратури. – 2011. – № 8. – С. 51–55.
12. Байда А. О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. О. Байда. – Х., 2006. – 20 с.
13. Пастушенко С. С. Особливості складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК України / С. С. Пастушенко // Вісник Академії адвокатури. – 2009. – Число 1. – С. 296–299.
14. Ярмыш Н. Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: монография. – Х.: Право, 2003. – 512 с.
15. Лизогуб Я. Проблеми кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником / Я. Лизогуб // Право України – 2005. – № 4. – С. 85–88.
16. Брич Л. П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини / Л. П. Брич. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 60 с.
17. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : У 2 т. – Т.1 / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. – 3-тє вид. перероб. та доп. – К. : Алерта ; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – 964 с.
18. Тарасевич Т. Ю. До проблеми класифікації, що вчинюються медичними працівниками / Т. Ю. Тарасевич // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 2. – С. 64–67.
19. Кримінальна справа №1-10/2009 // Архів Рокитнянського районного суду Київської області за 2009 рік.
20. Кримінальна справа №11-105/2011 // Архів Апеляційного суду Чернігівської області за 2011 рік.
21. Марєєв В. В. Злочини, пов'язані з ненаданням або неналежним наданням медичної допомоги чи медичних послуг / В. В. Марєєв // Держава і право : 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки (Вип. 51). – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – С. 568–573.
22. Малеина М. Н. Человек и медицина в современном праве. Учебное и практическое пособие / М. Н. Малеина. – М. : Изд-во БЕК, 1995. – 272 с.
23. Кирилюк І. В. Злочинність у сфері охорони здоров'я : кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.08 / І. В. Кирилюк. – К., 2012. – 22 с.
24. Філь І. М. Медична помилка як форма невиконання чи неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України) // І. М. Філь / Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 127–130.
25. Тарасевич Т. Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Т. Ю. Тарасевич. – К., 2011. – 18 с.
26. Пухлик Б. І приймеш ти смерть від ... лікаря свого ! / Б. Пухлик // Дзеркало тижня. – 11 грудня 2010 р. – № 46.
27. Рішення Верховного Суду України. Щорічник. – 2002. – С. 95–96.
28. Чеботарьова Г. В. Кримінально-правова охорона правопорядку в сфері медичної діяльності : монографія / Г. В. Чеботарьова. – К. : КНТ, 2011. – 616 с.

УМИСНЕ ВБИВСТВО, ПОЄДНАНЕ ЗІ ЗГВАЛТУВАННЯМ: ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. У комплексі невід'ємних прав і свобод людини і громадянина важливе місце займає статевая свобода, а всебічне забезпечення статевої недоторканості вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити умови для гармонійного розвитку підростаючого покоління. Вдосконалення кримінально-правової протидії злочинним посяганням на життя, статеву свободу і статеву недоторканість особи є злободенною проблемою, що потребує вироблення соціально обумовлених і науково обґрунтованих рекомендацій, адресованих як законодавцю задля усунення вад нормативної регламентації відповідальності за вказані злочини, так і правозастосувачу з метою правильного та однакового застосування кримінального закону. Складно не погодитись з тим, що кримінальне право як наука заради науки без її виходу на законодавчу і правозастосовну практику має низький коефіцієнт корисної дії [1, с. 304].

Закріплена в п. 10 ч. 2 ст. 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) конструкція умисного вбивства, поєднаного із зґвалтуванням і насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, ставить питання про відповідність реалій її застосування принципу *non bis in idem* і, відповідно, перспективи її подальшого існування. Вказана законодавча конструкція породжує в юридичній літературі (праці Л.П. Брич, І.М. Гнатів, І.І. Давидович, Н.А. Дідківської, І.О. Зінченко К.П. Задой, О.В. Крючкової, О.Б. Шигоніна, Н.М. Ярмиш та ін.) появу суперечливих суджень щодо того, чи виключає вона кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статтями 115, 152 (153) КК, і чи поглинається нею факт вчинення зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (надалі з метою більш стислого викладення матеріалу в основному йтиметься про співвідношення вбивства та зґвалтування). Висвітленню зазначених питань і присвячено цю статтю.

Почну з усталеного в доктрині і на практиці положення (дотичного до розглядуваної проблематики): якщо при зґвалтуванні чи замаху на цей злочин винний заподіяв потерпілій особі смерть через необережність, то його дії охоплюються ч. 4 ст. 152 (за ознакою настання особливо тяжких наслідків зґвалтування) і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребують.

Умисне вбивство ч. 4 ст. 152 КК не охоплюється. Дії особи, яка в процесі зґвалтування (замаху на нього) чи одразу після нього вчинила умисне вбивство потерпілої особи, в судовій практиці зазвичай кваліфікуються за п. 10 ч. 2 ст. 115 (вбивство, поєднане зі зґвалтуванням) і, відповідно, за ст. 15, ст. 152 або ст. 152 КК (інкримінування тієї чи іншої частини статті КК про зґвалтування залежить від наявності в діях винного кваліфікуючих ознак цього злочину). Причому Пленум Верховного Суду України (далі – ВСУ), послідовно обстоюючи положення про кваліфікацію вчиненого за сукупністю злочинів (абз. 1 п. 14 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», абз. 2 п. 2 постанови від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи»), наголосив на необхідності інкримінування в цьому разі саме ч. 4 ст. 152 КК (у зв'язку зі спричиненням особливо тяжких наслідків зґвалтування). Поділяючи позицію Пленуму ВСУ, Ю.О. Фідря пише, що смерть особи внаслідок вчинення умисного убивства, поєднаного із зґвалтуванням, треба визнавати різновидом особливо тяжких наслідків зґвалтування [2, с. 106]. Прибічниками інкримінування в цьому випадку кваліфікуючої ознаки зґвалтування «особливо тяжкі наслідки» виступають і деякі інші автори [3, с. 225, 229; 4, с. 201–204].

Видається, однак, що мають рацію В.О. Навроцький і Н.М. Ярмиш, які в згаданих роз'ясненнях Пленуму ВСУ вбачають порушення принципу *non bis in idem* [5, с. 469–471; 6, с. 37–38]. Таким чином, у розглядуваній ситуації смерть потерпілої особи не повинна розглядатись як прояв особливо тяжких наслідків зґвалтування, оскільки в протилежному випадку умисне спричинення смерті потерпілій особі буде двічі інкриміноване винному. А це суперечило б ст. 61 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне і те ж правопорушення, а так само виробленому теорією кримінально-правової кваліфікації положенню про недопустимість подвійного інкримінування. На користь того, що в цьому випадку не слід інкримінувати згадану кваліфікуючу ознаку, певною мірою вказує роз'яснення, наведене в п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки». Тут, зокрема, сказано, що якщо загибель однієї або кількох осіб є проявом передбачених відповідною частиною статті Особливої частини КК тяжких або особливо тяжких наслідків, то умисне спричинення смерті цією частиною не охоплюється і потребує окремої кваліфікації за відповідною статтею КК.

¹ Стаття опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – № 4. – С. 77–91.

О.В. Крючковою висловлено думку про те, що кваліфікація закінченого зґвалтування, поєднаного із закінченим умисним вбивством, за ч. 1 ст. 152 і п. 10 ч. 2 ст. 115 КК також не узгоджується зі ст. 61 Конституції України і ч. 3 ст. 2 КК, що закріплюють принцип *non bis in idem*. Стверджується, що такі дії треба кваліфікувати лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою, що передбачає відповідальність за складений злочин – враховану законодавцем сукупність закінчених умисного вбивства і зґвалтування [7, с. 44–48]. Подібним чином розмірковує О.Б. Шигонін, зазначаючи, що вчинення насильницьких сексуальних дій і позбавлення життя потерпілої особи незалежно від просторово-часової комбінації їх поєднання складають єдиний (складений) злочин, передбачений п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, а це виключає кваліфікацію вказаних дій за сукупністю з ч. 4 ст. 152 і ч. 3 ст. 153 КК (такий крок означатиме подвійне ставлення у вину) [8, с. 6, 7–8, 15]. Відтворює це висловлювання М.В. Сомарчук [9, с. 45].

Здійснивши тлумачення роз'яснень, наведених в пунктах 11 і 12 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», К.П. Задоя так само робить висновок про те, що умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням і насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, і власне статевий злочин мають кваліфікуватись лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою-«цілим», що охоплює норму-«частину» (відповідні частини ст. 152 і ст. 153 КК) [10, с. 76–77]. Такий же підхід знайшов відображення в спільній статті І.І. Давидович і К.П. Задоя [11, с. 18]. Виходячи з того, що зґвалтування і насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом фактично є складовими частинами злочину, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, І.М. Гнатів також стверджує, що цей злочин є складеним. Тому вчинене умисне вбивство, яке поєднане зі зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, повинно кваліфікуватись лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 без посилання на відповідні частини статей 152 та 153 КК [12, с. 115–116].

Взагалі в юридичній літературі, як вже зазначалось, не спостерігається єдності думок із питання, чи повинна закріплена в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК конструкція (а подібне положення міститься, зокрема, в п. «к» ч. 2 ст. 105 КК РФ і п. 7 ч. 2 ст. 139 КК Республіки Білорусь) виключати кваліфікацію за сукупністю таких злочинів, як умисне вбивство та зґвалтування [13, с. 156–157; 14, с. 121–122; 15, с. 60–67; 16, с. 490–510; 17, с. 56–57; 18, с. 79–80; 19, с. 81–88; 20].

Традиційний (усталений на практиці) підхід, у межах якого аналізовані дії кваліфікуються за сукупністю злочинів і правильність якого останнім часом ставиться під серйозний багатьма вітчизняними науковцями (вище названо прізвища лише частини з них), виходить з того, що умисне вбивство не є способом вчинення зґвалтування, а зґвалтування, своєю чергою, – способом вчинення умисного вбивства. Зґвалтування не охоплюється об'єктивною стороною (не містить ознак) умисного вбивства і навпаки. Вказані злочини посягають на різні безпосередні об'єкти та вчиняються різними діями, а тому потребують самостійної юридичної оцінки [21, с. 192–193; 22, с. 58]. Відповідно, тут варто вести мову не про конкуренцію частини і цілого, а про сукупність злочинів, для якої характерним є те, що жодна з кримінально-правових заборон не охоплює вчинене повністю – воно може отримати належну оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК. Наведу типові приклади із судової практики.

За ч. 4 ст. 152 КК як зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки, і за п. 10 і п. 12 ч. 2 ст. 115 КК як вбивство, поєднане зі зґвалтуванням і вчинене за попередньою змовою групою осіб, було кваліфіковано дії р. і С., які, зґвалтувавши М., умисно позбавили її життя з помсти за опір, вчинений нею при зґвалтуванні. Водночас колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ виключила з мотивувальної частини вироку вказівку на те, що в засуджених виник умисел на вбивство М. з метою приховати раніше вчинений ними злочин, оскільки таке обвинувачення їм не пред'являлось [23, с. 371–376].

Як приклад правильної кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 115 і ст. 153 КК, у підготовленому Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ узагальненні «Про судову практику розгляду кримінальних проваджень щодо злочинів проти життя і здоров'я особи за 2014 рік» наводиться витяг з вироку Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 1 липня 2014 р. Цим вироком А. визнано винуватим у тому, що, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, він задовольнив статеву пристрасть неприродним способом із застосуванням насильства щодо малолітнього потерпілого С. Далі А. схопив потерпілого за шию і став стискати горло, вдарив С. головою об металевий борт баржі, внаслідок чого потерпілий втратив свідомість і перестав подавати ознаки життя, після чого А. кинув тіло в річку. Дії підсудного кваліфіковано за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 153, пунктами 2, 10 ч. 2 ст. 115 КК.

Цілком очевидно, що ґрунт для позначеної вище наукової дискусії породжений законодавцем. Адже із закріпленого в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК формулювання – «умисне вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом» зовсім непросто зрозуміти, що саме воно позначає: складений злочин, підвищена суспільна небезпека якого визначається поєднанням («синтезом») вбивства та іншого злочину (зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом), чи все ж кваліфікований різновид вбивства, що не є складеним злочином і виокремлений через

наявність зв'язку із вчиненням найбільш небезпечних (насиленницьких) статевих злочинів. Інакше кажучи, якому розумінню поєднання злочинів – об'єктивному чи суб'єктивному – треба віддавати перевагу?

Тут доречно нагадати, що складеними визнаються злочини, об'єктивна сторона яких складається з двох або більше діянь, кожне з яких за умови окремого (ізолюваного) вчинення становило б собою самостійний злочин, який кваліфікувався б за окремою нормою КК. Однак законодавець, беручи до уваги типовість зв'язку (внутрішньої єдності) між діями, що утворюють складений злочин, об'єднує їх в одне ціле. Складені злочини – не плід довільного розсуду законодавця, а відображення небезпечних посягань, які мають характер суспільно шкідливої закономірності [24, с. 93]. Створення складених складів злочинів дозволяє адекватно оцінити суспільну небезпеку відповідних посягань, поєднання яких потребує більш суворого покарання, спрощує кваліфікацію злочинів. У складеному злочині дії перебувають у субординаційній залежності: одне з них є основним і відіграє головну роль у визначенні змісту та спрямованості злочинного посягання; інше дії є додатковим, таким, що супроводжує основне дії, сприяє його вчиненню.

Вести мову про вказану субординаційну залежність зґвалтування від вбивства достатніх підстав немає. Як загалом слушно зауважує з цього приводу І.О. Зінченко, більш доречним було б інше (зворотне) законодавче формулювання – «зґвалтування, поєднане з вбивством». Адже вбивство вчиняється або в процесі зґвалтування, або після зґвалтування з метою його приховання, або з помсти за вчинений опір, проте завжди зґвалтування передуює вбивству. Однак за такого формулювання кваліфікуючої ознаки її варто було б розмішувати в статті КК про відповідальність за зґвалтування, а не за вбивство. Тому задля збереження «підлеглого» характеру зґвалтування щодо вбивства відповідну кваліфікуючу ознаку запропоновано позначити інакше – як «вбивство при зґвалтуванні» [25, с. 341–342].

Видається, однак, що таке формулювання менш чітко (навіть порівняно з чинною редакцією п. 10 ч. 2 ст. 115 КК) позначатиме специфіку відповідного різновиду кваліфікованого вбивства, що і надалі породжуватиме дискусії. Крім цього, оскільки передбачене п. 10 ч. 2 ст. 115 КК вбивство як злочин з особливою характеристикою є похідним від зґвалтування (підготовлюване, вчинюване або вчинене зґвалтування підштовхує злочинця скоїти вбивство, а не навпаки), мову варто вести про «підлеглий» (службовий) характер вбивства щодо зґвалтування, як не дивно це виглядає.

Н.Ф. Кузнецова, з одного боку, відносить вбивство, поєднане зі зґвалтуванням, до складених злочинів, а, з іншого, констатує з посиланням на тлумачний словник, що «поєднаний» (російською мовою – «сопряженный») означає не «включений», а «взаємно пов'язаний, супроводжуваний». Відзначається, що кваліфікація «поєднаних» вбивств за сукупністю з іншими злочинами порушує принцип «не можна карати двічі за одне і те саме», а тому законодавцю треба відмовитися від конструювання кваліфікованих складів вбивств через ознаку поєднання з іншими тяжкими злочинами, що мають інші об'єкти посягання [1, с. 283–287].

Пропозицію про повну відмову від кримінально-правових норм, присвячених «поєднаним» вбивствам, висувують і чимало інших дослідників [17, с. 59; 26, с. 217–218; 27, с. 156–157]. Так, на думку Б.В. Волженкіна, яка імponує Н.О. Антонюк [28, с. 299], кваліфікуючою ознакою злочину (в нашому випадку – це вбивство) може бути обставина, яка так чи інакше характеризує ознаки основного складу злочину (мотив, ціль, спосіб дії, кількість потерпілих тощо), але не вчинення іншого злочину. У випадку виключення з КК РФ норм про «поєднані» вбивства, що, на погляд вченого, відповідатиме принципу справедливості і не потягне за собою послаблення кримінальної відповідальності, наприклад, вбивство, поєднане зі зґвалтуванням, кваліфікуватиметься за правилами сукупності злочинів [29, 523, с. 533–534]. Вітчизняна дослідниця І.М. Гнатів переконана в тому, що використання конструкції «поєднане з ...» для створення складу злочину, суспільна небезпека якого рівнозначна суспільній небезпеці його складових (зокрема, це стосується вбивства, поєднаного зі зґвалтуванням), неприйнятне з огляду на загрозу порушення принципу «non bis in idem» [12, с. 8].

Питання, чи не призведе такий варіант удосконалення кримінального закону, як просте виключення з нього конструкції «вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті», до послаблення відповідальності за умисне посягання на життя людини, супроводжуване насильницьким статевим злочином, розглядатиметься нижче. Поки ж, дискутуючи з Б.В. Волженкіним, висловлю думку про те, що своєрідним мотивом вбивства, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 115 КК (п. «к» ч. 2 ст. 105 КК РФ), вочевидь, є те, що до його скоєння особу спонукає підготовлюване, вчинюване або вчинене раніше зґвалтування. З приводу специфічної мотивації дій такого вбивці в літературі зазначається, що внутрішньою, спонукальною причиною вчинення «поєднаного» вбивства виступає: 1) мотив створення умов для вчинення іншого злочину, що полягає в подоланні перешкод на стадії готування до нього; 2) мотив подолання перешкод, які виникають в процесі вчинення основного злочину, поєднуваного з вбивством (замах на злочин); 3) мотив приховування вчиненого злочину (вбивство потерпілої особи, свідків); 4) мотив помсти потерпілому або особам, які заважали вчиняти злочин [27, с. 156]. Насправді не виключається й інші мотиви (зокрема, сексуальні) вчинення умисного вбивства, поєднаного зі зґвалтуванням.

Н.М. Салева, яка присвятила дисертаційне дослідження проблемам кримінальної відповідальності за вбивства, поєднані з іншими злочинами, доводить, що ці вбивства, хоч і посягають на кілька об'єктів кримінально-правової охорони, не повинні розглядатись як складені злочини. Поняття поєднання, будучи похідним від інших суб'єктивних ознак умисного вбивства, означає взаємозв'язок вбивства та інших злочинів як самостійних явищ, що не підпорядковані одне одному і не співвідносяться між собою як ціле і частина. «Поєднане» вбивство передуює, супроводжує або слідує безпосередньо за тим чи іншим злочином, може бути обумовлено цим злочином, може сприяти його вчиненню тощо. Норми КК РФ про відповідальність за «поєднані» вбивства не містять ознак злочинів, з якими поєднується вбивство, вказуючи лише на типові взаємозв'язки злочинних посягань. Ознака «поєднаності» вбивства є похідною (конкретизацією) від інших суб'єктивних ознак вбивства, які традиційно визнаються кваліфікуючими ознаками. Кваліфікація «поєднаних» вбивств має здійснюватись за сукупністю злочинів, що не означатиме дублювання відповідальності і не порушуватиме принцип справедливості. Перевага такої кваліфікації полягає, зокрема, в тому, що вона дозволяє диференціювати кримінальну відповідальність у випадку замаху на «поєднане» вбивство або на злочин, з яким воно поєднане, врахувати кваліфікуючі ознаки останнього (наприклад, неповноліття особи, потерпілої від зґвалтування) [30, с. 8, 66–88]. До речі, Н.А. Дідківська також не сумнівається в тому, що злочин, караний за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, належить до умисних вбивств за обтяжуючих обставин, які характеризують саме суб'єктивну сторону складу злочину [31, с. 134].

У п. «к» ч. 2 ст. 105 КК РФ передбачено відповідальність за вбивство з певною характеристикою (обтяжене зв'язком з іншими злочинами), а не за вбивство і поєднані з ними злочини (враховану законодавцем сукупність злочинів). При кваліфікації всіх цих злочинів лише за п. «к» ч. 2 ст. 105 КК РФ ігноруватиметься обумовленість вчинення вбивства злочинами проти статевої свободи і статевої недоторканності, що вказує на необхідність кваліфікації скоєного за сукупністю злочинів [32, с. 29–34]. Цікаво, що навіть Конституційний Суд РФ, відмовляючи в прийнятті до розгляду відповідної скарги одного з громадян, своєю ухвалою від 24 вересня 2012 р. визначив, що п. «к» ч. 2 ст. 105, п. «в» ч. 3 ст. 131 і п. «в» ч. 3 ст. 132 КК РФ містять описання різних злочинів, які не співвідносяться між собою як ціле і частина [19, с. 83].

Із наведених міркувань науковців, які намагались розібратись в суті злочину, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 115 КК (його російського аналогу), випливає, що це посягання явно не «вписується» у визначення насильницького складеного злочину як одиничного злочину, «законодавча характеристика якого передбачає насильство як окремий (самостійний) «фрагмент» об'єктивної сторони» [11, с. 15].

На підтримку усталеної позиції, згідно з якою в аналізованій ситуації треба вбачати сукупність злочинів (вбивство, поєднане зі зґвалтуванням, і зґвалтування), Л.П. Брич, як і Н.Ф. Кузнецова, звертається до лінгвістичного значення терміну «поєднаний». Цим терміном позначається зв'язок між самостійними предметами, явищами, що можуть існувати відокремлено. У кримінальному праві термін «поєднаний» треба розуміти так, що ним позначено не істотні ознаки явища, яким є конкретний склад злочину, а наявність умов існування цього явища, зокрема, одночасне вчинення злочинів. Ця одночасність не означає, що той злочин, юридичний склад якого містить вказівку на поєднання, охоплює інший, а тому вчинене має розглядатись як реальна сукупність злочинів [33, с. 75]. Задля справедливості відзначу, що, якщо вдаватись до філологічних тонкощів і тлумачних словників української або російської мови, то аргументи можна відшукати на користь протилежних позицій з розглядуваного питання кримінально-правової кваліфікації.

Таким чином, роблю проміжний висновок про те, що *de lege lata* немає достатніх підстав відмовлятися від кваліфікації зґвалтування та умисного вбивства, поєднаного зі зґвалтуванням, за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 115 і 152 КК, посилаючись на те, що в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК передбачено відповідальність за складений злочин.

В абз. 3 п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» роз'яснюється, що, якщо з метою приховати зґвалтування чи замах на цей злочин було вчинено умисне вбивство потерпілої особи через певний час після вчинення зазначеного злочину, то дії винного слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 152 або статтями 15 і 152 і за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК. При цьому не уточнюється, скільки часу має спливати після вчинення зґвалтування для того, щоб умисне вбивство, вчинене з метою приховати передбачений ст. 152 КК злочин, кваліфікувалось саме за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК. У літературі зустрічається пропозиція уточнити наведене роз'яснення, виклавши його в такій редакції: «Якщо ж винна особа вчиняє вбивство потерпілої особи з метою приховати зґвалтування або насильниче задоволення статевої пристрасті неприродним способом, її дії слід кваліфікувати за п. 9 ч. 2 ст. 115 та ч. 1 (за відсутності кваліфікуючих ознак) ст. 152 або ст. 153 КК України» [34, с. 200, 206]. Як бачимо, ця пропозиція виходить з того, що вирішальне значення для кваліфікації вчиненого має відігравати не тривалість відповідного проміжку часу, а наявність або відсутність у винного певної мети.

Вироком Апеляційного суду Миколаївської області за ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 152, пунктами 9, 10 ч. 2 ст. 115 КК було засуджено С., який із застосуванням фізичного насильства зґвалтував Н. і задовольнив з нею статеву

пристрасть неприродним способом, після чого задушив потерпілу. ВСУ своєю ухвалою від 6 жовтня 2015 р. виключив з вироку вказівку на 9 ч. 2 ст. 115 КК, оскільки засуджений позбавив потерпілу життя під час вчинення щодо неї статевих злочинів, у зв'язку з чим його дії в цій частині охоплюються п. 10 ч. 2 ст. 115 КК [35, с. 8].

Принагідно зауважу, що якщо бути послідовним, то при бажанні порушення принципу *non bis in idem* можна побачити і в п. 9 ч. 2 ст. 115 КК, адже згідно з цією нормою обставиною, що має кваліфікуюче значення та обтяжує кримінальну відповідальність, виступає інший (відмінний від вбивства) злочин, а точніше відповідний зв'язок із ним.

Критикуючи наведене роз'яснення Пленуму ВСУ, Н.А. Дідківська стверджує, що п. 10 ч. 2 ст. 115 КК у певних своїх проявах є щодо п. 9 ч. 2 ст. 115 КК спеціальною нормою, оскільки передбачає зв'язок умисного вбивства зі злочинном певного виду, а не будь-яким злочином взагалі [31, с. 9, 137–138, 202]. Звідси випливає, що п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, а не п. 9 ч. 2 цієї статті КК має застосовуватись, зокрема, у випадках, коли винний вчиняє вбивство з метою полегшити вчинення зґвалтування (подолати опір потерпілої особи), з помсти за такий опір, у зв'язку зі схильністю винного до садизму, з метою досягнення оргазму, в процесі переживання оргазму і навіть задля приховування вчиненого раніше зґвалтування. Особливістю аналізованого різновиду умисного вбивства, як слушно зазначає О.Б. Шигонін, є те, що застосоване при його вчиненні насильство може як мати інструментальний характер, так і використовуватись винним задля отримання сексуального задоволення [8, с. 1].

Загалом сприймаючи тезу Н.А. Дідківської про п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як спеціальну норму щодо п. 9 ч. 2 ст. 115 КК (це, до речі, унеможливорює одночасне інкримінування вказаних кримінально-правових норм при оцінці одних і тих саме фактичних обставин), водночас хотів би зауважити, що у випадку виключення з ч. 2 ст. 115 КК вказівки на п. 10 не всі різновиди «поєднаного» вбивства, які наразі кваліфікуються за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК і (треба так розуміти) характеризуються підвищеною суспільною небезпекою, зможуть кваліфікуватись за ч. 2 ст. 115 КК. Адже передбачене її п. 9 формулювання «з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення» не дозволить охопити випадки поєднаного зі зґвалтуванням умисного вбивства, наприклад, із садистських спонукань, із помсти за вчинений опір або за розголошення факту вчинення зґвалтування. Сказане підтверджується висловлюванням Н.А. Дідківської про те, що «умисне вбивство, передбачене пунктом 10 ч. 2 ст. 115 КК, в одних своїх проявах може охоплюватись змістом пункту п. 9 ч. 2 ст. 115 КК, а в інших проявах – виходити за межі такого змісту» [31, с. 137].

Стверджуючи, що п. 10 ч. 2 ст. 115 КК розрахований лише на умисні вбивства, вчинювані «з метою реалізації сексуального мотиву» [9, с. 45], М.В. Сомарчук, як видається, невинувато звужує сферу застосування досліджуваної кримінально-правової норми. Пропозиція ж *de lege ferenda* встановити в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК відповідальність за умисне вбивство «із сексуальних мотивів» сприймається неоднозначно. З одного боку, слід погодитись з тим, що вбивства, вчинювані із сексуальних спонукань, характеризуються підвищеною суспільною небезпекою незалежно від того, чи поєднані вони зі зґвалтуваннями або іншими статевими злочинами [36]. До вбивств, вчинюваних з метою задоволення злочинцем своїх сексуальних потреб, фахівці відносять, наприклад, завдання ударом ножом в область молочних залоз і статевих органів жертви, смоктання та облизування ран, які виникають при цьому, тертя об них статевим членом. У процесі вчинення таких дій і при вигляді страждань жертви у винного може виникати ерекція і відбуватись сім'явипорскування [37, с. 122]. З іншого боку, аналізована пропозиція не бере до уваги хоча б ту обставину, що зґвалтування (це стосується і посягання, караного за ст. 153 КК) не завжди вчиняється із сексуальним мотивом. Хоч останній, судячи з матеріалів правозастосовної практики, є найбільш розповсюдженим при вчиненні зґвалтувань, тут можливі й автономні відносно сексуального мотиву спонукання (помста, бажання принизити потерпілу особу або копіювати поведінку інших учасників групи, хуліганські спонукання, ревності, бажання примусити потерпілу особу одружитись, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо).

Оскільки п. 9 ч. 2 ст. 115 КК не охоплює всі можливі різновиди зв'язку між умисним вбивством і насильницькими статевими злочинами, виключати з ч. 2 ст. 115 КК його п. 10 КК, не поєднуючи такий крок з іншими законодавчими змінами, не можна. У протилежному випадку (усупереч точці зору Б.В. Волженкіна та інших опонентів законодавчої конструкції «поєднаних» убивств) станеться послаблення кримінальної відповідальності за певні різновиди умисних вбивств, віднесених наразі до числа кваліфікованих. Доцільно рухатись іншим шляхом, уточнюючи відповідні законодавчі положення. Тим більше, що при формулюванні п. 10 ч. 2 ст. 115 КК законодавець продемонстрував навряд чи виправдану вибірковість. Про це саме (щоправда, стосовно інших кримінально-правових ситуацій) веде мову і Л.П. Брич, яка закликає відмовитись від використання і замінити термін «поєднаний», яким законодавець оперує в статтях Особливої частини КК для позначення зв'язку суспільно небезпечного діяння зі способом вчинення злочину чи суспільно небезпечними наслідками [38, с. 6].

Щодо позначення в тексті КК «поєднаних» вбивств, то загалом прийнятним вважаю формулювання, запропоноване М.О. Бабієм, який веде мову про вбивство, вчинене в зв'язку з іншим злочиним [16, с. 510]. Такий зворот, охоплюючи різні можливі варіанти поєднання умисного вбивства з іншими злочинами, спроможний усунути притаманну п. 10 ч. 2 ст. 115 КК фрагментарність. Зрозуміло, що у випадку сприйняття законодавцем

цього варіанту вдосконалення КК з ч. 2 його ст. 115 треба буде виключати (або принаймні змінювати, що, мабуть, доречніше) п. 10, а п. 9 вимагатиме відповідного уточнення. Зворот «вбивство, вчинене в зв'язку з іншим злочином» дозволить охопити вбивства, вчинювані з метою підготовки або полегшення вчинення іншого злочину, його приховування чи ускладнення розслідування тощо. Подібним чином розмірковує Н.А. Дідківська, яка пропонує викласти п. 9 ч. 2 ст. 115 КК у такій редакції: «умисне вбивство у зв'язку з вчиненням злочину чи іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом». У цьому разі, стверджує дослідниця, «немає необхідності зберігати в ч. 2 ст. 115 КК як окремі обтяжуючі обставини умисного вбивства його поєднання із злочинами певних видів (перш за все це стосується п. 10 ч. 2 ст. 115 КК)» [31, с. 9, 202].

Хотів би все ж зауважити, що формулювання «умисне вбивство у зв'язку з вчиненням злочину чи іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом», попри свою бажану універсальність, не дозволить охопити умисні вбивства, вчинювані на сексуальному ґрунті, не поєднувані, однак, із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевієї пристрасті неприродним способом. Виходить, що доктринальна пропозиція (М.В. Сомарчук) встановити в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК відповідальність за умисне вбивство із сексуальних мотивів (над формулюванням варто подумати додатково), якщо її поєднати з викладеною вище ідеєю переформатування п. 9 ч. 2 ст. 115 КК, не позбавлена логіки.

В абз. 2 п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» зазначається, що умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевієї пристрасті неприродним способом.

Помилковість цього роз'яснення, яке поділяється окремими дослідниками [4, с. 201, 202; 39, с. 37], вбачається в тому, що задоволення статевієї пристрасті з трупом немає підстав розглядати як посягання на статеву свободу чи статеву недоторканість людини і, відповідно, визнавати вчинене зґвалтуванням чи насильницьким задоволенням статевієї пристрасті неприродним способом [3, с. 225; 9, с. 44; 11, с. 18; 14, с. 122–123; 31, с. 139–140; 40, с. 38; 41, с. 266]. Про придушення злочинцем волі потерпілої особи, вчинення сексуальних дій усупереч волі потерпілої особи при вчиненні статевих актів з трупом (некрофілія) не може бути й мови, оскільки всі біологічні, інтелектуальні і моральні складові людини втрачаються під час настання смерті [42]. Нагадаю, що М.Д. Шаргородський і П.П. Осіпов обґрунтовано не вбачали порушення статевої відносин у випадках вчинення сексуальних дій, спрямованих на неживий предмет чи тварину [43, с. 622]. Відповідно, злочинами, вчинюваними на сексуальному ґрунті, можуть бути визнані і ті злочини, які за чинним КК не належать до кримінально караних посягань на статеву свободу і статеву недоторканість особи (наруга над тілом померлого, крадіжка речей фетишистом, жорстоке поводження з тваринами, ексгібіціонізм у громадському місці, розцінюваний як хуліганство, тощо).

Кваліфікація такої поведінки, як умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом, має здійснюватись за сукупністю злочинів – за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК (вбивство з метою полегшити вчинення іншого злочину) і за відповідною частиною ст. 297 КК (наруга над тілом померлого). Якщо особа вчинила умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть з трупом потерпілого, однак сам акт некрофілії здійснити не встигнула, то вчинене повинне кваліфікуватись п. 9 ч. 2 ст. 115, ч. 1 ст. 14 і відповідною частиною ст. 297 КК (готування до наруги над тілом потерпілого). Якщо винний, вчинивши вбивство під час подолання опору потерпілого, вчиняє з останнім статеві зносини, не усвідомлює при цьому того, що потерпілий вже загинув, то вчинене за спрямованістю умислу має розцінюватись як умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням, і як закінчений замах на зґвалтування.

Таким чином, позитивна або негативна відповідь на питання, чи виключає закріплена в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК конструкція «поєданого» вбивства кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статтями 115, 152 КК, і чи поглинається нею факт вчинення особою зґвалтування, залежить від визнання або, навпаки, невизнання вказаного вбивства складеним злочином. Більш переконливими видаються аргументи тих дослідників, які заперечують належність умисного вбивства, поєданого зі зґвалтуванням, до числа складених злочинів і, відповідно, не вважають за доцільне відмовлятися від усталеного на практиці підходу щодо кваліфікації зґвалтування та умисного вбивства, поєданого зі зґвалтуванням, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 115 і 152 КК. При цьому умисне позбавлення життя потерпілої особи не може визнаватись проявом особливо тяжких наслідків зґвалтування. При кваліфікації аналізованих дій слід, крім усього іншого, виходити з того, що п. 10 ч. 2 ст. 115 КК у певних своїх проявах є щодо п. 9 ч. 2 ст. 115 КК спеціальною нормою. Разом з тим, оскільки п. 9 ч. 2 ст. 115 КК не охоплює всі можливі різновиди зв'язку між умисним вбивством і насильницькими статевими злочинами, виключати з ч. 2 ст. 115 КК його п. 10 КК, не поєднуючи такий крок з іншими законодавчими змінами, було б неправильно. У вдосконаленому п. 9 ч. 2 ст. 115 КК мова повинна йти про умисне вбивство у зв'язку з вчиненням злочину чи іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК. При поліпшенні п. 10 ч. 2 ст. 115 КК треба відмовитись від позбавленого однозначності формулювання «вбивство, поєднане із ...» і водночас урахувати необхідність інкримінування цієї кримінально-правової

норми у випадках вчинення умисних убивств, вчинюваних на сексуальному ґрунті, не поєднуваних із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом.

1. Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений : Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В. Н. Кудрявцева / Н. Ф. Кузнецова. – М. : Издательский Дом «Городец», 2007. – 336 с.
2. Фідря Ю. О. Окремі питання кваліфікації зґвалтування / Ю. О. Фідря // Політика в сфері боротьби зі злочинністю : актуальні проблеми сьогодення : Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції. – 25–26 лютого 2011 року. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. – С. 104–106.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.
4. Грищук В. К. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща : юридичний аналіз складів злочинів : монографія / В. К. Грищук, Н. Є. Маковецька. – Хмельницький : Хмельницький ун-т управління та права, 2012. – 268 с.
5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
6. Ярмиш Н. М. Про виконання в кримінальному праві конституційної заборони подвійного притягнення до кримінальної відповідальності / Н. М. Ярмиш // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 1. – С. 36–42.
7. Крючкова О. Вбивство, поєднане зі зґвалтуванням / О. Крючкова // Вісник прокуратури. – 2011. – № 3. – С. 44–48.
8. Шигонін О. Б. Умисне вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом : кримінологічна характеристика та запобігання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. Б. Шигонін. – Х., 2011. – 20 с.
9. Сомарчук М. В. Проблемні аспекти поняття умисного вбивства, поєданого зі зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом / М. В. Сомарчук // Науковий вісник Херсонського державного університету. – Серія «Юридичні науки». – 2016. – Вип. 1. – Т. 4. – С. 43–46.
10. Задоя К. П. Проблеми суперечності (неузгодженості) положень постанов Пленуму Верховного Суду України щодо кваліфікації окремих проявів множинності злочинів / К. П. Задоя // Судова апеляція. – 2010. – № 4. – С. 72–77.
11. Давидович І. І. Кваліфікація випадків умисного спричинення смерті людини при вчиненні складених насильницьких злочинів : теоретичні та правозастосовні підходи / І. І. Давидович, К. П. Задоя // Адвокат. – 2012. – № 12. – С. 15–19.
12. Гнатів І. М. Принцип «non bis in idem» у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Гнатів Ірина Михайлівна. – Львів, 2013. – 228 с.
13. Бородин С. В. Преступления против жизни / С. В. Бородин. – М. : Юристъ, 1999. – 356 с.
14. Энциклопедия уголовного права. Т. 15. Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – 580 с.
15. Зінченко І. О. Множинність злочинів : поняття, види, призначення покарання : монографія / І. О. Зінченко, В. І. Тютюгін / за заг. ред. проф. Тютюгіна В. І. – Х. : Фінн, 2008. – 336 с.
16. Бабий Н. А. Сопряженные преступления по УК России и Беларуси : анализ сравнительный и не только / Н. А. Бабий // Российский ежегодник уголовного права. № 2. 2007 / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б. В. Волженкина. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 490–510.
17. Пудовочкин Ю. Признаки совокупности преступлений в современной судебной практике / Ю. Пудовочкин // Уголовное право. – 2009. – № 4. – С. 54–59.
18. Энгельгардт А. Совершение двух и более преступлений в отсутствие совокупности / А. Энгельгардт // Уголовное право. – 2012. – № 3. – С. 79–82.
19. Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных преступлений : монография / Н. В. Тыдыкова. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 192 с.

20. Баби́чев А. Г. Убийство, сопряженное с другим преступлением : юридическая природа, квалификация и дифференциация ответственности [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=6647%3A2014-11-10-08-56-28&catid=196%3A2010-12-29-10-42-57&limitstart=1.
21. Коржанський М. Й. Об'єкт і предмет злочину : монографія / М. Й. Коржанський. – Д. : Юрид. академія МВС України; Ліра ЛТД, 2005. – 252 с.
22. Тишкевич С. И. Единая теория уголовного нормотворчества и квалификации преступлений : Основные концептуальные положения. Теоретическая модель Уголовного кодекса суверенной Республики Беларусь : монография / С. И. Тишкевич. – Минск : АМ МВД РБ, 1992. – 181 с.
23. Кримінальне судочинство в Україні : Судова практика. Злочини проти життя особи (вбивства): Офіц. вид. / Верховний Суд України; Відп. ред. П. П. Пилипчук. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – 960 с.
24. Малков В. П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания) / В. П. Малков. – Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1974. – 307 с.
25. Энциклопедия уголовного права. Т. 3. Понятие преступления. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2005. – 522 с.
26. Лопашенко Н. А. Убийство, сопряженное с другим преступлением (на примере убийства, сопряженного с похищением человека) / Н. А. Лопашенко // Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической психологии. Секция «Уголовное право» : Материалы Международ. науч.-практ. конф., Россия, г. Волгоград, 13–14 декабря 2012 г.; сост.: Л. В. Лобанова, Н. В. Висков, Л. Н. Ларионова. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. – С. 214–225.
27. Рожнов А. П. Проблемы квалификации убийств, сопряженных с иными преступлениями / А. П. Рожнов // Вестник Волгоградского гос. ун-та. Серия 5. Юриспруденция. – 2011. – № 1. – С. 152–158.
28. Антонюк Н. Злочини проти особи в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України / Н. Антонюк // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Випуск 51. – С. 298–307.
29. Волженкин Б. В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963–2007 гг.) / Б. В. Волженкин. – СПб. : Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – 971 с.
30. Салева Н. Н. Убийство, сопряженное с иными преступлениями : проблемы квалификации и уголовной ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Салева Наталья Николаевна. – Омск, 2006. – 213 с.
31. Дідківська Н. А. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Дідківська Наталія Анатоліївна. – К., 2005. – 288 с.
32. Краев Д. Основной вопрос квалификации убийств, сопряженных с иными преступлениями (пп. «в», «з», «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ) / Д. Краев // Уголовное право. – 2011. – № 4. – С. 29–34.
33. Брич Л. П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України / Л. П. Брич. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 84 с.
34. Кримінальна відповідальність за зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом : монографія / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, Д. П. Москаль, М. В. Сийплові ; за ред. д.ю.н., проф. О.М. Джу́жи. – Ужгород : ТОВ «ІВА», 2012. – 272 с.
35. Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи / Верховний Суд України // Юридичний вісник України (Інформаційно-правовий банк). – 30 вересня – 6 жовтня 2016 р. – № 39. – С. 2–11.
36. Стетюха М. П. Убийства, сопряженные с изнасилованием и (или) насильственными действиями сексуального характера : уголовно-правовые и криминологические аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / М. П. Стетюха. – Ростов-на-Дону, 2008 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lawtheses.com/ubiystva-sopryazhennye-s-iznasilovaniem-i-ili-nasilstvennymi-deystviyami-seksualnogo-haraktera>.
37. Старович З. Судебная сексология : пер. с польск. / З. Старович. – М. : Юрид. лит., 1991. – 336 с.
38. Брич Л. П. Теоретичні засади розмежування складів злочинів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Л. П. Брич. – Львів, 2014. – 34 с.
39. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. / Н. М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.

40. Мальков С. Квалификация насильственных действий сексуального характера, сопряженных с убийством / С. Мальков, Т. Леонова // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 36–39.
41. Бабий Н. А. Квалификация убийств / Н. А. Бабий. – Минск : Тесей, 2009. – 602 с.
42. Миллерова Е. А. О некоторых проблемах отграничения убийства от надругательства над телом умершего при квалификации преступных деяний / Е. А. Миллерова, Е. В. Миллеров [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jurnal.org/articles/2013/uri126.html>.
43. Курс советского уголовного права. Часть Особенная / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. – Т. 3. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1973. – 836 с.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ¹

Однією з найбільш актуальних проблем розвитку нашої держави є охорона інтелектуальної власності. Це зумовлено тим, що, як зазначається в документах BOIB, XXI сторіччя є століттям економіки, заснованої на знаннях, в якій інтелектуальна власність виступає основною рушійною силою. Інтелектуальна власність забезпечує інноваційний шлях розвитку економіки. На сьогодні інтелектуальна власність є одним з наймогутніших стимуляторів прогресу у всіх сферах суспільного життя. Розвиток науки і техніки, глобалізаційні процеси, всесвітні екологічні проблеми закономірно зумовлюють зростання соціально-економічного значення результатів інтелектуальної діяльності.

Ст. 54 Конституції України проголошує, що громадянам гарантується захист інтелектуальної власності. Кожен громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди за винятками, встановленими законом. У розвиток цих конституційних положень чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК) містить низку норм, на підставі яких може наставати відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності. Це: ст. 176 «Порушення авторського права і суміжних прав»; ст. 177 «Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію»; ст. 229 «Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару»; ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю»; ст. 232 «Розголошення комерційної або банківської таємниці». Не можна не погодитись з тим, що наявність кримінально-правових заборон, спрямованих на охорону прав на об'єкти інтелектуальної власності, – необхідність, викликана інтенсивним розвитком інформаційного суспільства [1, с. 33].

Проблематика кримінально-правової охорони інтелектуальної власності належить у нашій доктрині до числа активно досліджуваних. Найбільш вагомий внесок в її розроблення здійснили такі вітчизняні науковці, як П.П. Андрушко, П.С. Берзін, В.Д. Гулкевич, А.М. Коваль, М.І. Мельник, С.Я. Лихова, А.С. Нерсисян, О.Е. Радутний, В.Б. Харченко. Водночас можна констатувати, що згадані та інші дослідники не дійшли згоди як з багатьох питань кримінально-правової характеристики злочинних порушень прав інтелектуальної власності, так і напрямів удосконалення кримінального законодавства в цій частині, шляхів його узгодження з положеннями регулятивного законодавства. Висловлюються протилежні судження з приводу перспектив таких заборон, як статті 176, 177, 229, 231 і 232 КК, підвищення їх ефективності, а так само оптимізації співвідношення кримінально-правової і цивільно-правової охорони інтелектуальної власності.

Все це відбувається на фоні масового наповнення споживчого ринку контрафактною продукцією, поширеної оцінки названих кримінально-правових норм як недостатньо ефективних (щоб не сказати – «мертвих») і при тому, що, мабуть, ніхто не сумнівається в суспільній небезпеці злочинів проти інтелектуальної власності. Адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, в результаті вчинення вказаних злочинів: порушуються права на результати інтелектуальної діяльності і прирівняні до них засоби індивідуалізації; правовласники об'єктів інтелектуальної власності не одержують належні їм кошти та, як наслідок, зменшується стимул для подальшої творчої діяльності, знижується інвестиційна активність; правовласник, витративши певні фінансові ресурси на створення інтелектуального продукту, не отримує очікуваного прибутку від його комерційного використання; порушуються права держави, яка недоотримує податкові внески від законного використання об'єктів інтелектуальної власності [2, с. 49]. Недотримання прав інтелектуальної власності призводить до порушення двох фундаментальних принципів ринкової економіки – права власності і чесної конкуренції [3, с. 91]. Тому автор пропонованої публікації вирішив висловитись щодо окремих, як йому видається, найбільш зловбодених аспектів кримінально-правової охорони інтелектуальної власності в Україні.

Місцезнаходження кримінально-правових заборон, покликаних охороняти інтелектуальну власність, в системі Особливої частини КК. Якщо статті 176 і 177 розміщено в розділі V Особливої частини чинного КК «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина», то статті 229, 231 і 232 – у розділі VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності». Можна сказати, що таке розташування кримінально-правових заборон бере до уваги класифікацію об'єктів прав інтелектуальної власності залежно від того, який аспект в них є домінуючим – творчий (літературні і художні твори, корисні моделі, сорти рослин тощо) або господарський (засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, комерційна таємниця), і залежно від того, переважно в якій сфері життєдіяльності суспільства використовуються ті чи інші об'єкти інтелектуальної власності.

Варто зауважити, що КК містить і деякі інші норми, які певним чином стосуються охорони інтелектуальної власності. Вони, однак, передбачають кримінальну відповідальність за діяння, які безпосередньо порушеннями

¹ Стаття опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2015. – № 1. – С. 50–68.

прав інтелектуальної власності не визнаються, а тому питання удосконалення цих заборон мають вирішуватись у контексті оптимізації відповідальності за господарські (економічні) злочини. Йдеться зокнайменше про: 1) ст. 203-1 КК «Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва». Цей злочин передусім порушує встановлений законодавством порядок здійснення відповідної господарської діяльності, водночас посягаючи (поряд із системою оподаткування і моральними засадами суспільства в частині розповсюдження інформації) на авторське право і суміжні права; 2) ст. 216 КК «Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок». Видача контрольних марок має на меті протидіяти ввезенню, виготовленню та реалізації так званої піратської продукції, робити споживчий ринок більш контрольованим і прозорим. Вчинення злочину, передбаченого ст. 216 КК, порушує встановлений порядок обігу контрольних марок, інтереси споживачів і порядок здійснення господарської діяльності, пов'язаної з розповсюдженням примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних.

Як відомо, науково обґрунтована систематизація норм Особливої частини КК має істотне значення, зокрема, для пошуку тієї норми, яка підлягає застосуванню, з'ясування змісту окремих ознак складів, описуваних заборонними нормами, розмежування суміжних складів злочинів, а також для з'ясування думки законодавця про цінність тих чи інших об'єктів кримінально-правової охорони. В юридичній літературі (П.П. Андрушко, П.С. Берзін, В.Д. Гулкевич, В.Б. Харченко та ін.) вже тривалий час висувається пропозиція про виокремлення в Особливій частині КК самостійного розділу під назвою «Злочини проти інтелектуальної власності» (іншою подібною назвою). В основу цієї ідеї, загалом домінуючої в нашій доктрині, покладено тезу про спільність родового об'єкта відповідної групи злочинів як сукупності відносини щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності, засобів індивідуалізації та недобросовісної конкуренції. На користь наведеного підходу вказує і розуміння інтелектуальної власності, закріплене в ст. 2 Конвенції про заснування ВОІВ, підписаної в Стокгольмі 14 липня 1967 р. За законодавчу реалізацію ідеї інтелектуальної власності як єдиного об'єкта кримінально-правової охорони, що передбачає виокремлення в КК РФ структурної частини у вигляді системи норм (хай і нечисленних) про певні посягання, висловлюються і деякі російські науковці. Стверджується, що результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації є однопорядковими об'єктами, які потребують уніфікованої кримінально-правової охорони [4, с. 9, 10, 12, 95–112, 161, 164]. Самостійні глави (розділи), присвячені злочинам проти інтелектуальної власності, передбачені кримінальним законодавством, наприклад, таких країн, як Болгарія, Естонія, Іспанія, Литва, Мексика, Перу, Фінляндія.

Разом з тим у деяких країнах відповідальність за кримінально карані порушення прав інтелектуальної власності передбачена не кримінальними кодексами, а спеціальними законодавчими актами. Так, у Франції це Кодекс інтелектуальної власності, у ФРН – Закон про охорону авторського і суміжних прав, Закон про охорону промислових зразків, Закон про охорону товарних та інших знаків і Закон про охорону напівпровідників, у Португалії – Кодекс промислової власності, а в Норвегії – Закон про товарні знаки, Закон про права селекціонерів на сорти рослин і Закон про авторське право на літературні, наукові і художні твори. У США норми, покликані забезпечувати кримінально-правову охорону авторського права і суміжних прав, містяться в Розділі 17 федерального Зібрання законів, що має назву «Авторське право».

Традиційно такі нематеріальні блага, як об'єкти інтелектуальної власності, на відміну від їх матеріальних носіїв, не визнаються предметами злочинів проти власності. Вважається, що про викрадення наукової ідеї, мелодії, сюжету художнього твору, іншого подібного (так би мовити, безтілесного, невловимого) продукту людського розуму можна говорити лише фігурально. Щоправда, ця точка зору не є пануючою в кримінальному праві. Так, дореволюційний вчений І.Я. Фойницький писав, що право літературної і художньої власності, привілей на зображення землеробні, фабричні і мануфактурні, право фірми, будучи правом абстрактної власності, займає особливе місце в переліку майнових прав, означає юридичну можливість вилучати вигоди з продуктів розумової праці і може виступати предметом шахрайства [5, с. 727]. Нагадаю, що в КК УСРР 1922 р. (статті 198, 199) і КК УСРР 1927 р. (статті 190, 191) відповідальність за посягання на інтелектуальну власність (наприклад, за самовільне використання літературних, музичних, інших мистецьких або наукових творів) передбачалась у главах про майнові злочини; тим самим підкреслювалось, що вказані посягання заподіюють передусім майнову шкоду потерпілому.

Зустрічаються подібні підходи і в сучасному зарубіжному законодавстві. Наприклад, КК Албанії розглядає опублікування чужого твору літератури, мистецтва, музики чи науки під своїм ім'ям і відтворення чи використання такого твору без згоди автора з порушенням права власності на них як різновиди шахрайства. У таких країнах, як Болівія, Грузія, Казахстан, Угорщина, Хорватія, посягання на право інтелектуальної власності (принаймні частину цих посягань) також віднесено до злочинних діянь проти власності. Такий же підхід реалізовано в КК Іспанії: глава 11 «Про злочини, пов'язані з інтелектуальною і промисловою власністю, з ринком та споживачами» знаходиться в розділі XIII «Злочини проти власності та соціально-економічного ладу» Книги II «Злочини і покарання» цього Кодексу.

С.Я. Лихова запропонувала перенести норми про відповідальність за злочини проти інтелектуальної власності – діяння, передбачені статтями 176, 177, 229, 231, 232, 232-1 КК, до розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності». Авторка визнає власність родовим поняттям, яке, своєю чергою, поділяється на два види – власність на речі (майно) та інтелектуальну власність [6, с. 14–16; 7, с. 204]. Думку про перенесення кримінально караних посягань на інтелектуальну власність до злочинів проти власності висловлюють і інші дослідники [8, с. 393, 453, 594–595, 599; 9, с. 15–17]. Компромісну позицію займає з цього питання А.В. Наумов, на погляд якого інтелектуальна власність в її матеріальному вираженні в певних випадках може виступати як об'єкт не лише авторського і суміжних прав, а і права власності в його традиційному (цивільно-правовому) розумінні. Усвідомлюючи, однак, малоімовірність перегляду традиційних цивілістичних підходів (у вигляді охоплення об'єктів інтелектуальної власності поняттям майна), науковець пропонує обмежитись узгодженням санкцій за злочини проти власності і злочини проти інтелектуальної власності [10, с. 195–196].

Оцінюючи згадану вище пропозицію С.Я. Лихової, передусім зауважу, що ст. 232-1 КК, яка встановлює відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, лежить у площині захисту нормального функціонування фондового ринку, а тому цілком виправдано розміщена в розділі VII Особливої частини КК. Сказане частково стосується і статей 231, 232 КК, адже не всі різновиди поведінки, караної наразі за цими кримінально-правовими нормами, стосуються комерційної таємниці і, відповідно, охорони інтелектуальної власності. Діяння щодо банківської таємниці, яка визнається засобом захисту особи клієнта, його матеріального благополуччя та ділової репутації, підривають довіру до національної банківської системи, посягають на інформаційний аспект приватності. Крім того, покладена в основу оцінюваної пропозиції думка про те, що правовідносини інтелектуальної власності входять як складова до більш широкого за своїм змістом родового об'єкта (правовідносини власності), не ґрунтується на ЦК України, в якому праву власності та іншим речовим правам і праву інтелектуальної власності присвячено окремі книги – Книгу третю і Книгу четверту, відповідно.

Тому складно погодитись із висловлюванням Л.М. Демидової про те, що зміст цивільно-правових норм не створює жодних протиріч при об'єднанні норм про злочини проти інтелектуальної власності і злочини проти власності в один розділ КК «Злочини проти власності» [8, с. 383]. Натомість має рацію В.Б. Харченко, який пропонує виключити норму про порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності (ст. 51-2) з глави 6 КпАП «Адміністративні правопорушення, що посягають на власність» на тій підставі, що право інтелектуальної власності та право власності на речі є різними та самостійними інститутами цивільного законодавства України, регламентуючи суспільні відносини, що не є ні тотожними, ні навіть однорідними за своїм змістом і суттю [11, с. 420].

Водночас навряд чи може бути підтримана теза про істотну різницю в юридичній природі, з одного боку, злочинів проти інтелектуальної власності як порушень конституційних прав і свобод людини і громадянина та, з іншого, злочинів проти власності (розкрадань чужого майна) як порушень економічних відносин власності [3, с. 92]. Таке протиставлення видається невинуватим, адже право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю відповідно до ст. 41 Конституції України є одним із конституційних прав людини і громадянина.

З урахуванням розміщення статей 176 і 177 у розділі V Особливої частини КК «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» В.Б. Харченко пише про відсутність у чинному КК норм про відповідальність за порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, володільцями яких є юридичні особи, і про те, що кримінальний закон застосовується в цьому разі за аналогією [11, с. 422; 12, с. 84 – 87]. Беручи до уваги аналогічне розташування ст. 146 і ст. 147 у КК РФ, а ст. 201 – у КК Білорусі, В.В. Хилюта висловлюється менш категорично, вказуючи на проблематичність визнання юридичної особи потерпілим у випадку порушення належних такої особі прав інтелектуальної власності [3, с. 93 – 94].

Вважаючи викладену точку зору проявом обмежувального тлумачення кримінального закону, водночас відзначаю, що вона може слугувати ще одним аргументом на користь згаданої вище пропозиції про винесення кримінально-правових заборон права інтелектуальної власності за межі розділу V Особливої частини КК. Справді, норми про злочинні порушення прав інтелектуальної власності, належні юридичним особам, в аспекті *de lege ferenda* недоречно розміщувати в розділі КК, який встановлює відповідальність за злочини проти прав і свобод людини і громадянина. Взагалі слід сказати, що розділ V Особливої частини КК об'єднує норми про досить неоднорідні посягання, а це актуалізує проблему більшої упорядкованості відповідних кримінально-правових заборон. До того ж цей розділ КК присвячений охороні лише частини конституційних прав і свобод людини і громадянина, у зв'язку з чим його коректна назва могла б звучати приблизно так: «Злочини проти окремих конституційних прав людини і громадянина».

Таким чином, звернення до власного історичного та зарубіжного досвіду показує, що місце норм про кримінально карані порушення прав інтелектуальної власності в системі національного законодавства може бути різним (зокрема, такі норми можуть міститись навіть не в кримінальних законах, а в актах регулятивного законодавства). На моє переконання, ця обставина не має вирішального значення для ефективності

кримінально-правової охорони інтелектуальної власності – набагато серйозніше значення мають якості відповідних кримінально-правових заборон і кваліфіковане та активне їх застосування. Невипадково зарубіжні фахівці наголошують на важливості як удосконалення кримінального законодавства про відповідальність за злочини проти інтелектуальної власності, так і політичного зобов'язання держави агресивно втілювати в життя це законодавство [13, с. 320–321]. Тому підтримую виважену позицію А.С. Нерсисяна, який пише, що саме по собі поєднання певних норм в одному розділі КК не вирішує проблем, які постають в сфері кримінально-правової охорони інтелектуальної власності; для вирішення цих проблем вимагається реформування базового (регулятивного) законодавства про інтелектуальну власність, а вже згодом – внесення системних змін до КК [14, с. 168–169].

Законодавче описання злочинних діянь, що посягають на інтелектуальну власність. Суть злочину завжди і передусім полягає в суспільно небезпечному діянні, яке є основною та обов'язковою ознакою об'єктивної сторони. Законодавець віддає перевагу останній як носію наочної, більш-менш однозначно фіксованої інформації про злочин. За загальним правилом, ознаки саме цього елемента складу злочину зазначаються в диспозиціях норм Особливої частини КК найбільш повно.

Щодо об'єктивної сторони кримінально караних посягань на інтелектуальну власність гостро стоїть проблема, яку Ю.В. Баулін слушно позначив як проблему «золотої середини» при описанні певної злочинної поведінки: «З одного боку, необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі поведінки, яка визнається злочинною, а з іншого – не допустити прогалини у визначенні певного виду суспільно небезпечної поведінки як злочину» [15]. Маю на увазі використання таких конструкцій, як інше умисне порушення авторського права і суміжних прав (ч. 1 ст. 176 КК), інше умисне порушення права на ці об'єкти (ч. 1 ст. 177, ч. 1 ст. 229 КК).

Ознайомлення з юридичною літературою, включаючи науково-практичні коментарі КК, показує, що різні автори наповнюють зазначені законодавчі звороти неоднаковим змістом, що, не виглядаючи дивним, негативним чином позначається на правозастосуванні. Використання згаданих законодавчих конструкцій, хоч і є зрозумілим (через проблематичність навести вичерпний перелік відповідних злочинних діянь), має своїм наслідком невизначеність складів злочинів, ускладнює розмежування злочинної і незлочинної поведінки. Такий стан речей, по-перше, суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності, по-друге, не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати свої обов'язки, по-третє, ускладнює виконання КК такого завдання, як запобігання злочинам, адже потенційний злочинець не має чіткої інформації про суть кримінально караної поведінки. Хіба не про закони, подібні до частин перших статей 176, 177, 229 КК України, Чезаре Беккарія писав: якщо тлумачення законів зло, то їх темнота, яка змушує займатись тлумаченням, зло не менше; громадянин, нездатний оцінити ступінь своєї свободи, потрапляє в залежність від купки утаємничених, а незрозумілий народу текст закону перетворює кодекс із книги, що поважається усіма, в книгу, доступну лише для вузького кола осіб [16, с. 94].

Так, чинна редакція ст. 229 КК, не розкриваючи суті забороненого нею діяння, визнає злочином будь-яке порушення прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, зміст якого (порушення) визначається регулятивним законодавством. Зокрема, зі ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» впливає чітко виражена протиправність такої поведінки, як використання імітуючих позначень – схожих настільки, що їх можна сплутати із зареєстрованими раніше знаками, добре відомими знаками або фірмовими найменуваннями (наприклад, Panasonic або Panasonic замість Panasonic, Adedas, Abibas або Didacs замість Adidas, F&M замість L&M, Neecafe замість Nescafe, Fanfa замість Fanta, Bel-a-med замість Blend-a-med, PEPS! замість PEPSI). Використання імітуючих позначень, означаючи de lege lata інше порушення права на знак для товарів і послуг, за наявності спричиненої матеріальної шкоди у відповідному розмірі, має кваліфікуватись за ст. 229 КК. За таких обставин потреби в тому, щоб доповнювати диспозицію ч. 1 ст. 229 КК вказівкою на використання імітуючих позначень товарів і послуг [17, с. 189], немає.

П.С. Берзін пише про надмірність термінологічного звороту «незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару» [18, с. 292]. Справді, така поведінка винного охоплюється іншим словосполученням, використаним у ч. 1 ст. 229 КК, – «інше порушення права на ці об'єкти». Водночас закріплення в КК запропонованого П.С. Берзіним формулювання «умисне порушення права на... якщо це заподіяло матеріальну шкоду...» означатиме посилення бланкетності зазначеної кримінально-правової заборони; як наслідок, кримінальний закон стане ще менш зрозумілим і вимагатиме все більше зусиль щодо його тлумачення. З цих саме міркувань складно погодитись із пропозицією Л.М. Демидової замість виключених із КК статей 176 і 177 включити до нього ст. 192-1, диспозиція частини 1 якої виглядатиме таким чином: «Умисне порушення прав на об'єкт інтелектуальної власності, що заподіяло значну шкоду...» [8, с. 454, 595, 599], а так само із пропозицією В.Б. Харченка при вдосконаленні КК у частині відповідальності за злочини проти інтелектуальної власності використовувати виключно бланкетні диспозиції [11, с. 424–425; 19, с. 6]. Г.З. Яремко як авторка спеціального монографічного дослідження феномену бланкетності в кримінальному праві України переконливо обґрунтовувала правильність протилежного підходу щодо вдосконалення

диспозицій кримінально-правових норм – зниження рівня бланкетності диспозицій у статтях Особливої частини КК: бланкетний спосіб викладення ознак складів злочинів повинен застосовуватись лише там, де описати такі ознаки, з огляду на обсяг регулятивного законодавства, неможливо і недоцільно [20, с. 170–193]. Сумнівним вважаю і висловлювання В.Б. Харченка про те, що орієнтовний перелік суспільно небезпечних діянь, якими може бути вчинений той або інший злочин проти інтелектуальної власності, ускладнює процес кримінально-правової кваліфікації. Закріплені в частинах перших статей 176, 177, 229 КК конкретизовані, хоч і неповні переліки злочинних дій, навпаки, полегшують кваліфікацію відповідних злочинів.

De lege ferenda, відмовившись в інтересах забезпечення законності та реалізації принципів криміналізації від зворотів на кшталт «інше умисне порушення права...», треба з урахуванням вивчення положень регулятивного законодавства, правозастосовної практики (і не лише кримінальних проваджень), зарубіжного досвіду та із залученням фахівців у галузі інтелектуальної власності виокремити ті найбільш суспільно небезпечні і розповсюджені різновиди порушення прав інтелектуальної власності, які потребують кримінально-правового реагування. Якщо цього не зробити і продовжувати вважати матеріальну шкоду у певних розмірах фактично єдиною і достатньою криміноутворюючою ознакою, то і надалі лунатимуть пропозиції декриміналізувати злочини проти інтелектуальної власності на тій підставі, що у чинному (некримінальному) законодавстві вистачає правових важелів впливу на порушників відповідного законодавства, і сенсу в застосуванні саме кримінальної відповідальності щодо цих правопорушників немає.

Розмірковуючи на проблемою удосконалення законодавчого описання злочинних діянь, що посягають на інтелектуальну власність, слід, серед іншого, звернути увагу на ту обставину, що чинна редакція ст. 176 КК охороняє майнові права певних потерпілих. Тому злочином, передбаченим цією статтею, не визнається вчинення дій, які порушують виключно особисті немайнові права суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав (казане стосується і ст. 177 КК). Зокрема, на це вказує те, що усі частини ст. 176 і ст. 177 КК передбачають настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді матеріальної шкоди в певних розмірах.

З урахуванням сказаного та подвійної природи інтелектуальної власності потребують вирішення питання про доповнення КК статтею про відповідальність за порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності [14, с. 168], а так само про диференціацію кримінально-правової охорони особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право), з одного боку, та особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права), з іншого [11, с. 422]. Тут доречно нагадати, що згідно зі ст. 136 КК 1960 р. злочином визнавались, зокрема, випуск під своїм іменем та інше привласнення авторства на чужий твір. В сучасній юридичній літературі України також зустрічаються пропозиції криміналізувати плагіат [21], однак назвати їх вдалимими і продуманими не можна. Взагалі проблема запровадження кримінальної відповідальності за плагіат і примушування до співавторства, не поєднані із заподіянням автору матеріальної шкоди, – тема окремого дослідження. Щодо шляхів удосконалення законодавчого описання злочинних діянь, вчинюваних стосовно комерційної таємниці, то про відповідні пропозиції автора цих рядків можна дізнатись з раніше опублікованої праці [22, с. 367–372].

Встановлення суспільно небезпечних наслідків як ознаки складів злочинів проти інтелектуальної власності. За загальним правилом, вказані злочини сформульовані законодавцем як злочини з матеріальним складом. Суспільно небезпечні наслідки як обов'язкова ознака об'єктивної сторони таких злочинів зафіксовані в диспозиції норми Особливої частини КК або впливають з неї, становлячи собою заподіяну об'єкту кримінально-правової охорони шкоду, визначену в кількісному та (або) якісному відношенні. Так, злочин, передбачений ч. 1 ст. 176 КК, вважається закінченим з моменту настання матеріальної шкоди в значному розмірі, під якою слід розуміти шкоду, розмір якої в двадцять і більше разів перевищує НМДГ. Якщо заподіяно матеріальну шкоду у великому розмірі (її розмір у двісті і більше разів перевищує НМДГ), застосуванню підлягає ч. 2 ст. 176 КК, а якщо заподіяно матеріальну шкоду в особливо великому розмірі (її розмір в тисячу і більше разів перевищує НМДГ) – ч. 3 ст. 176 КК (див. примітку ст. 176 КК). Порушення авторського або суміжних прав, яке не заподіяло майнову шкоду в зазначених розмірах, має розцінюватись як адміністративний проступок (статті 51-2, 164-9 КпАП). Не дивлячись на таку чіткість і, на перший погляд, зрозумілість закріпленого критерію розмежування злочинного та адміністративно караного порушення авторського права і суміжних прав, вести в цьому разі мову про дотримання законодавцем процесуальної здійсненності кримінального переслідування як одного з принципів криміналізації, на жаль, не доводиться. Річ у тім, що питання, яким чином має визначатись матеріальна шкода з точки зору кваліфікації за ст. 176 КК (вказане стосується і статей 177, 229 КК), в юридичній літературі і судовій практиці належить до числа дискусійних. Показовим у зв'язку з цим є висловлювання Л.М. Демидової про наближеність, а не точне встановлення майнової шкоди, заподіяваної злочинними порушеннями прав інтелектуальної власності [8, с. 546].

Багатьма дослідниками висловлюється думка про те, що розмір матеріальної шкоди в розглядуваній ситуації має визначатись як упущена (втрачена) вигода – сума коштів (винагороди), яку суб'єкт авторського права

чи суміжних прав на відповідні об'єкти отримав би, якби зазначені у диспозиції ст. 176 КК дії було вчинено з дотриманням чинного законодавства про інтелектуальну власність. За наявності ліцензійного договору матеріальну шкоду пропонується обраховувати за спеціальною формулою, а за відсутності такого договору – за допомогою експертизи [11, с. 290–297; 23, 24, с. 33–46]. При цьому може стати в нагоді затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2007 р. № 1185 Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності», який встановлює три методичні підходи щодо оцінки майнових прав інтелектуальної власності: дохідний, порівняльний, витратний.

Оскільки реалізувати на практиці викладений підхід вельми проблематично (за винятком, зрозуміло, призначення експертизи), у правозастосуванні склались інші підходи щодо встановлення розміру матеріальної шкоди, заподіяної порушенням авторського або суміжних прав. Одним із розповсюджених підходів є з'ясування заподіяної шкоди шляхом підрахування кількості вилучених примірників відповідної (незаконної) продукції, помноженої на ринкову вартість одного примірника оригінальної (ліцензійної) продукції. При цьому вважається, що шкода від розповсюдження тієї чи іншої кількості контрафактних примірників полягає у втисненні з ринку аналогічної кількості примірників легальної продукції, в результаті чого її правовласник (або різні правовласники) втрачає (втрачають) можливість одержати відповідні доходи законним шляхом. Інакше кажучи, застосовується такий собі принцип «один до одного». Постає, однак, питання, чи став би споживач придбавати контрафактну продукцію за ціною оригінальної (ліцензійної) продукції.

Крім того, наскільки обґрунтовано застосовувати наведений підхід, якщо незаконно відтворені об'єкти авторського права чи суміжних прав поки що не реалізовані, а лише транспортуються чи зберігаються (хай навіть і з метою продажу)? Такі дії за спрямованістю умислу можуть розцінюватися хіба що як готування до незаконного розповсюдження об'єктів авторського чи суміжних прав, але заподіяти матеріальну шкоду (навіть у вигляді упущеної вигоди), вочевидь, не спроможні. До того ж з урахуванням положення про декриміналізацію готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК) готування до незаконного розповсюдження об'єктів авторського чи суміжних прав, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, злочином не визнається. Сказане стосується і готування до злочинів, передбачених ч. 1 ст. 177 і ч. 1 ст. 229 КК. Якщо ж винний частково реалізував продукцію, виготовлену з порушенням авторського права або суміжних прав, то варто пам'ятати наступне: стадія замаху неможлива, якщо законодавець пов'язує кримінальну відповідальність із настанням певних суспільно небезпечних наслідків, вказаних у диспозиції норми Особливої частини КК (як це і зроблено в частинах перших статей 176, 177, 229 КК), яких у конкретній ситуації фактично не спричинено.

Певною мірою гострота проблеми встановлення шкоди, заподіяваної злочинними порушеннями прав інтелектуальної власності, нівелюється (хоч і не знімається повністю) тією обставиною, що згідно зі ст. 477 КПК України злочини, передбачені ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 177, ст. 229, ст. 231 і ст. 232 КК, віднесено до діянь, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення: воно може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого і закривається у разі відмови потерпілого (його представника) від обвинувачення. Законодавче віднесення зазначених злочинів до кримінальних правопорушень, провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, крім усього іншого, враховує спроможність і зацікавленість саме потерпілої особи встановити точний розмір заподіяної їй шкоди. Щоправда, будучи зацікавленою стороною, правовласники об'єктів інтелектуальної власності можуть і завищити розмір заподіяної їм матеріальної шкоди. До речі, окремими російськими дослідниками ставиться питання про віднесення злочинних посягань на інтелектуальну власність (а точніше їх частини) до злочинів приватного обвинувачення, що, як вважається, дозволить досягнути балансу в захисті майнових і немайнових прав на об'єкти такої власності [1, с. 196–199].

De lege ferenda треба ставити питання про перетворення складів злочинів проти інтелектуальної власності із матеріальних у формальні і про заміну заподіяної матеріальної шкоди іншою (меш проблемною з погляду її встановлення) криміноутворюючою ознакою. Аналогічну пропозицію висувують окремі зарубіжні дослідники. Так, з урахуванням неможливості адекватної оцінки шкоди від незаконного використання результатів творчості і засобів індивідуалізації, С.М. Титов висловлюється за те, щоб усунути з відповідних норм КК РФ вказівку на велику шкоду як криміноутворюючу ознаку [4, с. 168]. У зв'язку з тим, що на сьогодні «інтелектуальне піратство» стало одним із розповсюджених і вельми прибуткових джерел, як показник суспільної небезпеки розглядуваних злочинів, що характеризує масштаби нелегальної діяльності, в КК міг би фігурувати неконтрольований державою дохід, отриманий винною особою, безвідносно до понесених нею витрат (варіант – отримана майнова вигода). На користь цієї точки зору, як на мене, може слугувати те, що в ст. 61 розділу 5 «Кримінальні процедури» Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (одного з основних документів СРТ) зазначається обов'язок держав-членів забезпечити застосування кримінальних процедур принаймні у випадках умисного порушення авторських прав у комерційних масштабах. У разі сприйняття викладеної вище пропозиції законодавцем на практиці за наявності підстав цілком успішно могла б застосовуватись конструкція незакінченого злочину, якщо відповідні предмети поки що не були розповсюджені, а

мало місце тільки їх транспортування чи зберігання. До того ж у вказаний спосіб вдасться усунути проблему встановлення матеріальної шкоди у разі вчинення незаконних дій щодо двох і більше об'єктів, право інтелектуальної власності на які належать кільком окремим особам, за відсутності ознак продовжуваного злочину.

У цьому сенсі викликає інтерес ч. 2 ст. 146 КК РФ, якою передбачено відповідальність за незаконне використання об'єктів авторського права чи суміжних прав, а так само за придбання, зберігання, перевезення контрафактних примірників творів або фонограм з метою збуту, вчинені у великому розмірі. У примітці до цієї статті зазначається, що діяння визнаються вчиненими у великому розмірі, якщо вартість екземплярів творів або фонограм чи вартість прав на використання об'єктів авторського права і суміжних прав перевищує 50 тис. рублів, а в особливо великому розмірі – 250 тис. рублів (при цьому ч. 1 ст. 146 КК РФ, визнаючи злочином плагіат, пов'язує настання кримінальної відповідальності за його вчинення з великою шкодою як оціночною ознакою). Як роз'яснює Пленум Верховного Суду РФ у п. 6 постанови від 26 квітня 2007 р. № 14 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про порушення авторських, суміжних, винахідницьких і патентних прав, а також про незаконне використання товарного знака», діяння, передбачені ч. 2 (ч. 3) ст. 146 КК РФ, слід вважати закінченими з моменту здійснення їх у великому (особливо великому) розмірі незалежно від настання злочинних наслідків у вигляді фактичного завдання шкоди правовласнику. Здійснена в 2003 р. трансформація у формальні кваліфіковані складів незаконного використання об'єктів авторського права чи суміжних прав передусім була зумовлена потребою полегшити застосування ст. 146 КК РФ на практиці [1, с. 58].

Подібним чином пропонує удосконалити наш КК В.Д. Гулкевич, який висловлюється за те, щоб визнавати самостійними злочинами проти інтелектуальної власності, зокрема, умисне порушення майнового права автора, виконавця, виробника фонограми, відеограми, організації мовлення (ст. 198-1 КК) і незаконне придбання, перевезення або зберігання з метою розповсюдження контрафактних примірників об'єктів авторського права і суміжних прав, вчинене в значному розмірі (ст. 198-2 КК) [25, с. 12–14]. Щоправда, позиція В.Д. Гулкевича з питання про вплив на кримінальну відповідальність за порушення авторського або суміжних прав такого показника, як заподіяна шкода, виглядає дещо непослідовною. З одного боку, дослідник неодноразово вказує на те, що порушення майнового права суб'єкта авторського або суміжних прав має визнаватись злочином незалежно від розміру заподіяної матеріальної шкоди, і з цим, з огляду на викладене вище, варто погодитись. З іншого, в авторській редакції ст. 198-1 КК «Порушення авторського права і суміжних прав» відповідальність за порушення авторського та суміжних прав пропонується диференціювати в тому числі залежно від розміру заподіяної матеріальної шкоди.

Проведене дослідження дозволяє зробити узагальнюючий висновок про потребу оптимізації законодавчого описання складів злочинів, що посягають на інтелектуальну власність, і про доцільність залучення до цього процесу фахівців у галузі інтелектуальної власності. Окремі наукові дослідження мають бути присвячені проблемі удосконалення санкцій статей 176, 177, 229, 231 і 232 КК, позаяк поблажливе ставлення законодавця до злочинів проти інтелектуальної діяльності, відображене в санкціях чинних редакцій вказаних статей КК, не відповідає вимогам інформаційного суспільства. Разом з тим не викликає сумнівів те, що навіть досконалі кримінально-правові заборони не можуть замінити собою професіоналізм правозастосувача, його технічну оснащеність, знання ним положень регулятивного законодавства та якісне проведення оперативно-розшукової діяльності.

1. Долотов Р. О. Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Долотов Руслан Олегович. – Саратов, 2009. – 225 с.
2. Трунцевский Ю. Преступления против интеллектуальной собственности / Ю. Трунцевский, М. Бондарев // Уголовное право. – 2007. – № 6. – С. 48–53.
3. Хилjuta В. «Хищение» интеллектуальной собственности / В. Хилjuta // Уголовное право. – 2008. – № 2. – С. 91–94.
4. Титов С. Н. Уголовно-правовое обеспечение охраны интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Титов Сергей Николаевич. – М., 2013. – 209 с.
5. Талан М. В. Сравнительное исследование И.Я. Фойницкого «Мошенничество по русскому праву» и его значение для современной уголовно-правовой науки / М. В. Талан // Российский ежегодник уголовного права. № 2. 2007 / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Б. В. Волженкина. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 712–733.
6. Лихова С. Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / С. Я. Лихова. – К., 2006. – 39 с.

7. Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України) : монографія / С. Я. Лихова. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 573 с.
8. Демидова Л. М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок) : теорія, закон, практика : монографія / Л. М. Демидова. – Х. : Право, 2013. – 752 с.
9. Винокуров В. Причинение имущественного ущерба как критерий признания предметов и информации предметами преступлений против собственности / В. Винокуров // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 13–19.
10. Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 2. Особенная часть / А. В. Наумов. – М. : Юрид. лит., 2004. – 832 с.
11. Харченко В. Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні : монографія / В. Б. Харченко. – Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2011. – 480 с.
12. Харченко В. Б. Потерпілий як юридична ознака складу злочину у сфері інтелектуальної власності / В. Б. Харченко // Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / редкол.: В. І. Борисов (голов. ред.), Б. М. Головін (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2013. – С. 84–87.
13. Сміт Х. Ерік. Важливість кримінально-правових санкцій за порушення авторського права / Ерік Х. Сміт // Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки: зб. документів, матеріалів, ст. / за ред. О. Д. Святоцького. – К. : Ін Юре, 2003. – С. 319–333.
14. Нерсесян А. С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності : монографія / А. С. Нерсесян. – Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – 192 с.
15. Баулін Ю. Тенденції розвитку сучасного кримінального права України / Ю. Баулін // Юридичний вісник України. – 14–20 квітня 2007 р. – № 15.
16. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаних / Сост. и предисл. В. С. Овчинского / Чезаре Беккариа. – М. : ИНФРА-М, 2008. – 184 с.
17. Броневицька О. М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Броневицька Оксана Михайлівна. – Львів, 2011. – 244 с.
18. Берзін П. С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України : монографія / П. С. Берзін. – К. : Атіка, 2005. – 316 с.
19. Харченко В. Б. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні: перспективи розвитку та гармонізації з європейським законодавством : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / В. Б. Харченко. – Х., 2011. – 36 с.
20. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини кримінального кодексу України : монографія / Г. З. Яремко; за ред. В. О. Навроцького. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 432 с.
21. Прохоров-Лукін Г. Проблеми кримінально-правового захисту від плагіату / Г. Прохоров-Лукін, Є. Демидович // Юридичний вісник України. – 5 – 18 травня 2012 р. – № 18-19; 19 – 25 травня 2012 р. – № 20.
22. Дудоров О. О. Комерційна таємниця під захистом кримінального закону: проблеми і перспективи / О. О. Дудоров // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11 – 12 жовтня 2012 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2012. – С. 367–372.
23. Коваль А. Рекомендації щодо вдосконалення кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав / А. Коваль // Юридична газета. – 15 листопада 2005 р. – № 21.
24. Лавровська І. Б. Матеріальна шкода та упущена вигода в судовій практиці про злочини у сфері інтелектуальної власності / І. Б. Лавровська // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 7. – С. 33–46.
25. Гулкевич В. Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. Д. Гулкевич. – Львів, 2008. – 20 с.

ПЛАГІАТ – ЗЛОЧИН АБО АМОРАЛЬНИЙ ВЧИНОК?¹

Проблема співвідношення кримінального права і моралі, інших регуляторів поведінки людини завжди привертала до себе увагу фахівців. Класичним у цьому контексті вважається висловлювання М. Таганцева про те, що злочинне не може і не повинне ототожнюватися з аморальним. Таке ототожнення, як свідчать гіркі уроки історії, ставить правосуддя на неправдивий шлях, вносить у галузь каральної діяльності держави переслідування ідей, переконань, пристрастей і пороків, примушує земне правосуддя привласнювати собі атрибути суду небесного [1, с. 43, 45]. Разом з тим, коли ми ведемо мову про основну – охоронну – функцію кримінального права, мусимо пам'ятати, що заборони вбивати, застосовувати насильство, красти, брати хабарі тощо відображені в різних філософсько-релігійних вченнях. Так, серед біблійних заповідей можна відшукати звернення, які становлять кістяк сучасного кримінального права («не вбивай», «не кради», «не свідкуй неправдиво на свого ближнього», «не жадай дому ближнього свого» тощо).

В юридичній літературі зустрічається чимало слушних висловлювань щодо наповнення кримінального права морально-етичними засадами з тим, щоб формування і застосування кримінально-правових норм забезпечувало перевагу добра над злом. Зокрема, складно не погодитись з тим, що: поняття злочину загалом і складів конкретних злочинів зокрема повинні відображати зло (Б. Разгільдієв); криміналізація того чи іншого різновиду поведінки людини, існування певної кримінально-правової заборони мають відповідати моральним уявленням суспільства (А. Наумов); норми моралі, будучи своєрідною стелею для норм про злочини, слугують орієнтиром для законодавця при криміналізації і декриміналізації діянь, а також інколи використовуються в правозастосуванні для тлумачення кримінальних законів (Н. Кузнецова).

При цьому питання про визнання аморальності самостійною ознакою злочину вирішується в кримінально-правовій доктрині суперечливо. Хоч на це питання, якщо керуватись правилами логіки, варто давати негативну відповідь (аморальність притаманна і правопорушенням, відмінним від злочинів, і вчинкам, не врегульованим правом), воно, на нашу думку, принципового значення не має. Адже, мабуть, ніхто не сумнівається в тому, що, за загальним правилом, злочин – вчинок аморальний. Зроблене нами застереження «за загальним правилом» зумовлено тим, що: співвідношення кримінального права і моралі не є незмінним; негативна оцінка певного злочину може мати в суспільстві та його прошарках різні ступені; на тому чи іншому етапі розвитку суспільства не виключається невідповідність конкретної кримінально-правової заборони моральним нормам.

Погоджуючись з тим, що аморальність злочину охоплюється такою ознакою злочину, як суспільна небезпека, зазначимо, що наукою поки що не розроблено точного механізму її оцінки при тому, що саме суспільна небезпека виступає основним (щоправда, не єдиним) критерієм визнання діяння злочином. Підтвердженням цьому слугують випадки помилкової криміналізації, які траплялись в історії вітчизняного кримінального законодавства та які спростовують безапеляційність тези про те, що законодавець злочини не вигадує. Як справедливо зазначається в літературі, кримінальна протиправність становить собою оцінку законодавцем суспільної небезпеки діяння та, як будь-яка оцінка, вона може бути неточною і навіть помилковою з різних причин (у тому числі кон'юнктурно-політичних) [2, с. 84; 3, с. 33–34]. М. Мельник виділяє такі види помилкової криміналізації, як необґрунтована, надмірна і неправильна (неточна) [4, с. 110–111]. Посилення кримінальної протиправності, яка повинна узгоджуватись із суспільною небезпекою, а отже, і аморальністю певного діяння, надмірна криміналізація призводять до розповсюдження в суспільстві діянь, які державою визнаються злочинами та які водночас переважною більшістю населення не сприймаються як такі. У результаті, як писав К. Маркс, народ бачить покарання, але не бачить злочин. Достатньо пригадати передбачену попереднім КК України заборону на порушення правил про валютні операції, застосування якої за умов «доларизації» економічного і побутового обороту було класичним проявом вибіркового правосуддя (щоб не сказати – свавілля).

На існування в сьогоденній Україні проблеми ухилення від сплати податкових внесків впливає менталітет наших співвітчизників, переважна більшість яких, як показують кримінологічні дослідження, вважає це діяння не стільки серйозним злочином, скільки такою собі умовою виживання, невід'ємним елементом організації бізнесу. Маємо класичний приклад неадекватності громадської думки, яка в ідеалі повинна враховуватись при вирішенні питань криміналізації діянь, справжній суспільній потребі (без належного функціонування системи оподаткування сучасне суспільство існувати не в змозі). Щоправда, Україна в цьому сенсі не унікальна. Так, французький фахівець в галузі фінансового права П. Годме, вказуючи на притаманний для сфери податкових відносин правовий нігілізм, зазначає, що для багатьох людей вкрасти у казни – не означає вкрасти; має місце певне послаблення моральних принципів, коли справа стосується виконання податкових зобов'язань. Македонський дослідник Н. Тупанчеські, з'ясовуючи проблему податкової етики, констатує, що в основі опору

¹ Стаття написана в співавторстві з К.Б. Дудоровою та опублікована: Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблій. – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 11–21.

податкам як примусовим платежам лежить не величина податкового навантаження, а традиційно негативне ставлення платника до держави і законів [5, с. 72–73]. Вочевидь, це і пояснює, чому злочинне ухилення від сплати податків поширене в країнах як з традиційною ринковою, так і слабorozвиненою, перехідною економікою.

У будь-якому разі називати аморальною поведінку, яку вважає допустимою переважна більшість суспільства, навряд чи правильно. Погоджуємось з Р. Долотовим, який зазначає, що розширення кола злочинів за рахунок включення в нього діянь, слабо засуджуваних мораллю певного суспільства або навіть байдужих з погляду цієї моралі, призводить до «вимивання» з-під кримінального права більш глибокого нормативного шару та, як наслідок, – до руйнування переконання, яке разом із примушуванням утворює фундамент кримінально-правового регулювання суспільних відносин [6, с. 93–94]. Виходить, що аморальність не притаманна всім без винятку злочинам, деякі з яких з погляду моралі можуть бути нейтральними, а інші в окремих випадках – навіть викликати схвалення (наприклад, евтаназія, яка з точки зору чинного КК України підлягає кваліфікації як умисне вбивство).

Переходячи до безпосереднього висвітлення питання, винесеного в заголовок нашої статті, передусім визначимось із поняттям плагіату. Отже, плагіат (від лат. *plagio* – викрадаю) – це: привласнення або запозичення тексту з чужого літературного чи іншого твору без дозволу автора і без зазначення джерела [7, с. 524]; оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору (ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Насправді плагіат має місце незалежно від того, чи опубліковано чужий твір, а поняття «оприлюднення» є більш широким і таким, що поглинає собою опублікування, тобто наведене законодавче визначення плагіату не є досконалим. Плагіат можливий щодо охоронюваних об'єктів авторського права – творів у галузі науки, літератури, мистецтва, невичерпний перелік яких наведено в ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права», незалежно від того, чи оприлюднені ці твори, завершені вони чи ні і незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, мети.

Не вважається плагіатом використання теми або сюжету твору чи ідей, що становлять його зміст, без використання форми їх викладення. Тільки привласнення форми вираження твору може свідчити про плагіат у повному сенсі цього поняття [8, с. 609; 9, с. 166; 10]. Поняттям плагіату, зокрема, охоплюються випадки: несанкціонованого перекладу і подання перекладеного тексту як свого власного без посилання на першоджерело; оприлюднення твору під псевдонімом особи, яка не є автором цього твору; видання під своїм ім'ям твору, створеного в співавторстві з іншими особами, без зазначення їхніх прізвищ. Водночас не слід говорити про плагіат у випадку, коли особа поступається своїм авторством, даючи іншому дозвіл на використання його імені на створеному нею творі. Плагіат може мати місце як у літературі, так і в музиці, образотворчому мистецтві, архітектурі тощо, бути професійним, освітньо-науковим, соціальним, прямим або опосередкованим, мозаїчним, парафразним, «стовідсотковим» і «замаскованим» тощо. Існує і безліч інших визначень поняття плагіату, його тлумачень і різновидів [11], що, однак, суті цього ганебного (аморального) явища як умисного привласнення авторства іншої особи не змінює: плагіатор видає чуже авторство за своє.

Показовим у контексті нашого дослідження є таке визначення плагіату: це – недозволене запозичення, відтворення чужого літературного, художнього або наукового твору (чи його частини) під своїм іменем або псевдонімом, не сумісне як з творчою діяльністю, так і з нормами моралі та закону, що охороняє авторське право [12, с. 651]. На те, що плагіатор є суб'єктом, «не обтяженим» не лише талантом і працелюбством, а і совістю, вельми емоційно вказує О. Сичивич: «Як лише злодійкувата людина здатна поцупити те, що «погано лежить», так і спокуситися плагіатом може лише особистість, у запелках духовного світу якої приховується моральна гнилина» [13, с. 39–40].

Підтвердженням (так би мовити, формальним) аморальності освітньо-наукового (академічного) плагіату слугує та обставина, що в Етичному кодексі ученого України, затвердженому загальними зборами НАН України (протокол № 2 від 15 квітня 2009 р.), неодноразово наголошується на неприпустимості фактів плагіату як порушення авторського права (підпункти 1.5, 2.3, 3.2). Слова міністра освіти і науки України С. Квіта (будемо вважати, що вони стосуються і плагіату) – «Усі мусять розуміти, що крадіжка чужих ідей рівнозначна професійному самогубству» [14] – знаходять сьогодні конкретне законодавче втілення. Маємо на увазі ст. 6 Закону України «Про вищу освіту», яка передбачає серйозні організаційні наслідки для усіх так чи інакше причетних до плагіату у випадку його виявлення в наукових кваліфікаційних роботах – поданих до захисту та уже захищених дисертаціях (наукових доповідях). З приводу морального засудження освітньо-наукового плагіату переконливо висловились відомі українські правознавці, зазначивши, що такий плагіат, посягаючи на творчий процес з його неповторним, оригінальним та унікальним результатом, не лише порушує особисті немайнові та майнові права авторів, а і підриває авторитет науки, стирає межу між серйозним ученим і жалюгідним епігоном, справжньою, глибокою творчістю і банальним популяризаторством, означає негідний приклад для молодих науковців [15].

Якщо аморальність плагіату (попри поблажливе ставлення до нього з боку багатьох наших співвітчизників) сумнівів не викликає, то його суспільна небезпека не є очевидною, а кримінально-правова оцінка з точки

зору чинного КК України – однозначною. Тут варто нагадати, що згідно з ч. 3 ст. 620 Кримінального уложення 1903 р. особа, яка самовільно видала чужий літературний, музичний чи художній твір під своїм ім'ям, могла бути ув'язнена на строк не менше трьох місяців. Відповідно до ст. 136 КК 1960 р. злочинним порушенням авторських прав визнавались (поряд із незаконними відтворенням і розповсюдженням твору) випуск під своїм іменем та інше привласнення авторства на чужий твір науки, літератури та мистецтва. До речі, поняттям іншого привласнення авторства на чужий твір охоплювалось таке, на наш погляд, відмінне від плагіату порушення авторських прав, як примушування до авторства (співавторства).

Існує і певний зарубіжний досвід кримінального переслідування за плагіат. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 270 КК Іспанії плагіат як злочин наявний у тому разі, коли особа діє з корисливим мотивом і на шкоду іншим особам. Якщо на підставі ст. 173 КК Болгарії, ст. 191 КК Литви і ст. 149 КК Узбекистану будь-яке привласнення авторства може тягнути кримінальну відповідальність, то згідно зі ст. 165 КК Азербайджану і ч. 1 ст. 146 КК РФ – якщо воно заподіяло шкоду (відповідно, значну шкоду і велику шкоду автору чи іншому правовласнику). При цьому в російській літературі зустрічається пропозиція перетворити плагіат у формальний склад злочину, кримінальне провадження щодо якого здійснювалось б у формі приватного обвинувачення [6, с. 126–128]. За всієї дискусійності ідеї визнання злочином плагіату, не обтяженого суспільно небезпечними наслідками, зазначена пропозиція виглядає більш вдалою порівняно з пропозицією включити в законодавче описання кримінально караного плагіату вказівку на таку оціночну (щоб не сказати – розпливчасту) ознаку, як істотна шкода правам та іншим нематеріальним благам авторів чи інших осіб, а також охоронюваним законом інтересам суспільства і держави [16, с. 11, 167]. Взагалі ж кримінально-правова заборона, присвячена плагіату (ч. 1 ст. 146 КК РФ), є неефективною і фактично не застосовується; автори, постраждалі від цього діяння, надзвичайно рідко звертаються до компетентних органів за кримінально-правовою охороною своїх прав [17, с. 70].

Щодо України, то висновок про охоплення випадків плагіату статтею 176 нашого КК є результатом тлумачення кримінального закону. Річ у тім, що використаний у диспозиції ч. 1 вказаної статті і позбавлений визначеності зворот «інше порушення авторського права або суміжних прав» означає вчинення будь-яких інших (крім безпосередньо перерахованих у вказаній кримінально-правовій нормі) дій, що порушують встановлений порядок реалізації прав на об'єкти авторського права чи суміжних прав. Водночас треба мати на увазі, що ст. 176 КК охороняє саме і тільки майнові права потерпілих, а тому злочином, передбаченим вказаною статтею, не визнається вчинення діянь, які порушують лише особисті немайнові права суб'єктів авторського права (ці права закріплені в ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Зроблений висновок впливає, зокрема, з того, що всі частини ст. 176 КК передбачають як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді матеріальної шкоди в певних розмірах – значному, великому чи особливо великому (див. примітку до ст. 176 КК).

Пануючою в сучасній юридичній літературі є точка зору, згідно з якою розмір матеріальної шкоди в цьому разі має визначатись як упущена (втрачена) вигода – сума коштів (винагороди), яку суб'єкт авторського права чи суміжних прав на відповідні об'єкти отримав, якби зазначені в ст. 176 КК дії було вчинено з дотриманням законодавства про інтелектуальну власність. Оскільки реалізувати на практиці викладений підхід складно, у правозастосуванні склались інші (більш примітивні) підходи щодо встановлення розміру матеріальної шкоди, заподіяної порушенням авторського або суміжних прав, але мова тут не про це.

Неабиякого розголосу серед юридичної громадськості України набула історія з «геніальним» студентом-заочником Т., який протягом 2007–2011 рр. видав під своїм ім'ям 16 різних наукових і навчальних видань загальним обсягом майже 8,5 тис. сторінок. Цікаво, що лише невелика частина аморальних і злочинних дій Т. зазнала кримінально-правової оцінки. Так, за ч. 2 ст. 176 КК кваліфікував Подільський районний суд м. Києва дії Т., який, отримавши у невстановлений спосіб електронний примірник книги «Конституція України: Науково-практичний коментар. Автори Авер'янов А.Б., Батанов О.В., Баулін Ю.В. та ін., ред. кол.: Тацій В.Я., Битяк Ю.П., Грошевой Ю.М. та ін. – Харків: Видавництво «Право»; Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 808 с.», вніс до тексту цієї книги зміни, зокрема, посилання на нові нормативно-правові акти і рішення Конституційного Суду України. Далі Т. уклав з одним із видавництв авторський договір, що дозволило відтворити шляхом друкування твір «В.Е. Теліпко. Науково-практичний коментар Конституції України. Станом на 1 грудня 2010 р. / За ред. Мусіяки В.Л. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 544 с.» тиражем 1 тис. примірників і розповсюдити його з порушенням майнових авторських прав Національної академії правових наук України на твір «Конституція України: Науково-практичний коментар», заподіявши правовласникам шкоду на загальну суму 180 тис. грн. [18].

У наведеному вище прикладі привласнення авторства на вказаний твір поєднувалось із безпосередньо названими в ч. 1 ст. 176 КК виготовленням і розповсюдженням примірників цього твору, з порушенням таких майнових прав автора, як виключне право на використання твору і виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами, заподіяло правовласникам майнову шкоду у відповідному розмірі. У зв'язку з цим скоєний плагіат і був цілком обґрунтовано, на наш погляд, розцінений як злочинне порушення авторських прав.

У цивілістичній літературі як приклад одночасного порушення особистих немайнових прав і пов'язаних із ними майнових прав автора якраз і наводиться ситуація, коли особа доводить до загального відома не створений нею твір під своїм ім'ям та, як наслідок, збагачується незаконним шляхом [19, с. 166]. Тому неточним слід визнати тлумачення плагіату як особливої форми незаконного використання об'єктів авторського права, «при якій разом з порушенням особистого немайнового права (право авторства) порушується і майнове право автора» [20, с. 74]. В аспекті *de lege lata* має рацію В. Гулкевич, на думку якого привласнення права авторства на твір без наступного порушення виключного права автора на використання твору не тягне за собою кримінальної відповідальності. У порядку ж удосконалення КК названий дослідник висловлюється за те, щоб злочинним порушенням авторського права або суміжних прав визнавати умисне порушення саме і тільки майнового права на твір науки, літератури і мистецтва, комп'ютерну програму, базу даних, виконання, фонограму, відеограму або програму (передачу) мовлення [21, с. 115, 163–164, 175].

Як це не дивно звучить, але стосовно існуючого в Україні стану речей із розглядуваного питання прийнятним є висловлювання французького фахівця з авторського права Р. Дюма про те, що з юридичної точки зору особу не можна переслідувати (уточнимо – в порядку кримінального судочинства) за плагіат, якщо вона не є одночасно контрафактором [22, с. 297–298]. Контрафактним, як відомо, вважається той примірник твору, який відтворений, опублікований та (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права. Цікаво, що відомий дореволюційний цивіліст Д. Мейер також розрізняв такі форми злочинного порушення авторського права, як плагіат (порушення права авторства) і контрафакція (протиправне відтворення твору) [23, с. 51].

З урахуванням сказаного та подвійної природи інтелектуальної власності питання про удосконалення вітчизняного кримінального законодавства в частині відповідальності за порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності (включаючи плагіат і примушування до співавторства, не поєднані із заподіянням автору та іншому правовласнику майнової шкоди) стоїть на порядку денному. Так, А. Нерсисян висловлюється за доповнення КК України статтею 175-1, присвяченою порушенням особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Злочином пропонується визнавати привласнення авторства або примушування до співавторства на твір науки, літератури, мистецтва, комп'ютерну програму, базу даних, винахід, сорт рослин тощо, а так само інше порушення особистих немайнових прав на них [24, с. 109–110, 168].

Оцінюючи наведену пропозицію, відзначимо, що ми виступаємо проти використання в КК *de lege ferenda* конструкцій на кшталт «інше порушення особистих немайнових прав...», адже реалізація такого підходу матиме своїм наслідком невизначеність складів злочинів, ускладнюватиме розмежування злочинної і незлочинної поведінки, суперечитиме принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності. Крім того, ідея А. Нерсисяна визнавати злочином будь-яке порушення особистих немайнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, законодавче описання якого пропонується здійснювати без вказівки на жодну криміноутворюючу ознаку, явно суперечить іншому висловлюванню цього дослідника – про те, що «недоцільною є криміналізація дрібних порушень прав інтелектуальної власності, що вчинюються без мети серійного виробництва чи обігу товарів чи послуг» [24, с. 56]. Привласнення авторства – вчинок аморальний, але ж не кожний аморальний вчинок може і повинен визнаватись злочином. Якщо ж ініційований А. Нерсисяном підхід буде прийнятий у законодавчому порядку, то за умов масового розповсюдження плагіату в сьогоdnішньому українському суспільстві випадки плагіату навіть у студентських роботах чи публікаціях журналістів визнаватимуться злочином, що, поза всяким сумнівом, не зможе розцінюватись інакше як прояв необґрунтованої (безпідставної) криміналізації. У зв'язку з цим пригадується слушна думка П. Дагеля про те, що необґрунтоване розширення кола злочинного призводить до невинуватеного притягнення громадян до кримінальної відповідальності або до того, що норми кримінального права фактично перестають застосовуватися на практиці, і принцип невідворотності кримінальної відповідальності відносно цих діянь зазнає краху [25, с. 67]. До речі, якщо А. Нерсисян ініціює запровадження кримінальної відповідальності за будь-яке порушення особистих немайнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, то Г. Корчевний – лише адміністративної [26, с. 158].

В юридичній літературі зустрічаються і інші пропозиції криміналізувати плагіат [27], однак назвати їх вдалимими і продуманими також не можна. Так, назва нової, пропонованої Г. Прохоровим-Лукіним і Є. Демидович статті КК «Привласнення авторства» не узгоджується зі змістом диспозицій частин 1 і 2 цієї статті, в яких йдеться, відповідно, про «завдання шкоди честі і репутації автора або виконавця шляхом зміни, перекручування, спотворення твору» і про «зміну твору або його адаптацію без належного дозволу автора або правовласника». Сумніваємось і в тому, що «здійснення психічного тиску на автора, що призвело до визнання особи ... правонаступником авторських прав чи до відмови автора від авторських прав» (ч. 3 нової статті КК) є достатні підстави розглядати як привласнення авторства. Наведене в ч. 3 аналізованої статті-новели визначення привласнення авторства («публікація, публічне представлення, виконання або випуск в обіг під своїм ім'ям або ім'ям іншої особи чужого твору або його частини, що охороняються авторським правом») не узгоджується хай із недосконалим, але законодавчим визначенням плагіату, чітко не розмежовує плагіат і контрафакцію і не бере до уваги те, що поняттям плагіату, як вже зазначалось, повинні охоплюватись і випадки

оприлюднення твору під псевдонімом особи, яка не є автором цього твору. Норма про привласнення чужого авторства, поєднане з отриманням доходу в розмірі, що перевищує 1500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч. 5 розглядуваної статті-новели), у випадку включення її до КК конкуруватиме зі ст. 176 КК України, на підставі якої плагіат за певних умов, як було показано вище, може тягнути кримінальну відповідальність. Інакше кажучи, виникне ситуація небажаної конкуренції норм КК, що суттєво ускладнить кваліфікацію злочинів.

Викладену вище пропозицію можна критикувати далі, але вже і так зрозуміло, що такого роду пропозиції не мають нічого спільного з принципами криміналізації – розробленими доктриною універсальними правилами, яким повинна підкорятись діяльність законодавця із встановлення кримінально-правових заборон. У зв'язку з тим, що проблема запровадження кримінальної відповідальності за плагіат, не поєднаний із заподіянням правочаснику майнової шкоди, – тема окремого наукового дослідження, висловимо лише окремі, вихідні міркування з цього приводу.

Для нас (і не лише для нас) безспірною є теза про те, що криміналізація як крайній крок з боку держави буде виправданою лише в тому разі, коли бракує інших (крім кримінального закону) правових важелів впливу на певну поведінку особи. Не можна не погодитись і з тим, що кримінально-правова заборона навряд чи вирішить соціальну або економічну проблему, якщо вона не буде доповненням до економічних, фінансових та інших подібних заходів. А при ефективності таких заходів навряд чи буде потрібна і сама кримінально-правова заборона [28, с. 19].

Екстраполюючи ці, як видається, безспірні теоретичні положення на проблему протидії плагіату, відзначимо, що: по-перше, привласнення авторства як одне з адміністративно караних порушень прав інтелектуальної власності може тягнути за собою накладення штрафу (ст. 51-2 КпАП) – якщо вчинене не містить ознак злочину, передбаченого ст. 176 КК. На відміну від цього злочину, адміністративний проступок, описаний у ст. 51-2 КпАП, може полягати в порушенні виключно особистих немайнових прав суб'єкта авторського права і суміжних прав; по-друге, розділом V Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено різні способи цивільно-правового захисту авторського права і суміжних прав, які можуть застосовуватись і у випадках плагіату.

Як слушно зазначається в юридичній літературі, цивільно-правовий інструментарій, який можна використати у випадках привласнення авторства, є вельми ефективним і гнучким: автор, постраждалий від плагіату, вправі задіяти такі способи захисту, як визнання авторського права і відновлення авторського права [17, с. 69; 19, с. 147–180; 28, с. 122–136]. За результатами розгляду відповідної цивільної справи суд може ухвалити рішення про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права, і збитків, завданих таким порушенням, про стягнення з порушника авторського права доходу, отриманого внаслідок порушення авторського права, про заборону опублікування творів тощо.

За таких обставин немає підстав вести мову про те, що на сьогодні бракує правових важелів впливу на плагіат, про його безкарність. Марно сподіватись і на те, що застосування до цього аморального вчинку кримінального закону стане більш ефективним заходом, ніж адміністративно- та цивільно-правова охорона права на авторство. З урахуванням того, що для однієї людини «крадіжка» в неї результату її творчості – трагедія всього життя, а для іншої – хіба що дрібна неприємність, з якою краще примиритись (і автори цих рядків знають, про що пишуть), вважаємо виправданим як збереження існуючого пріоритету цивільно-правових заходів у протидії плагіату, так і віднесення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України, до правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення.

1. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Т. 1 / Н. С. Таганцев. – Тула : Автограф, 2001. – 800 с.
2. Энциклопедия уголовного права. Т. 3. Понятие преступления. – СПб. : Издание профессора Малинина, 2005. – 522 с.
3. Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України : монографія / Л. М. Кривоченко. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 120 с.
4. Мельник М.І. Основні тенденції законотворення з питань кримінального права у 2013–2014 рр. // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні. Матеріали Міжнародного симпозіуму 24–25 жовтня 2014 року. – К. : ВАІТЕ, 2014. – С. 109–114.
5. Дудоров О. О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Дудоров Олександр Олексійович. – К., 2007. – 528 с.
6. Долотов Р. О. Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Долотов Руслан Олегович. – Саратов, 2009. – 225 с.
7. Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. – К. : Гол. ред. Укр. радян. енциклопедії АН УРСР, 1974. – 775 с.
8. Енциклопедія цивільного права / відп. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Ін Юре, 2009. – 952 с.

9. Піхурець О.В. Плагіат: проблеми виявлення та засоби попередження // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 161–172.
10. Штефан О.О. Плагіат: поняття, ознаки, відповідальність [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [ftp://ndiiv_user:guest@ftp.s12.freehost.com.ua/o.shtefan.doc](http://ndiiv_user:guest@ftp.s12.freehost.com.ua/o.shtefan.doc).
11. Плагіат : матеріал з Вікіпедії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uk.wikipedia.org/wiki/Плагіат>.
12. Право інтелектуальної власності : академічний курс : підруч. для студ. вищ. навч. закл.; за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К. : Ін Юре, 2004. – 672 с.
13. Сичивиця О. Авторство і псевдоавторство в науці. Стаття друга. Плагіат і плагіатори // Соціогуманітарні проблеми людини. – 2008. – № 3. – С. 39–47.
14. Сергій Квіт : «На реформи наважуся... А що мені може завадити?» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mon.gov.ua/ua/comments/34236-sergiy-kvit-na-reformi-navageusya...-a-scho-meni-mogee-zavaditi>.
15. Петришин О., Кузнєцова Н., Кучерявенко М. «Сканерне» право, або Плагіатизація правової науки. – Юридичний вісник України. – 12 – 18 лютого 2011 р. – № 7.
16. Титов С. Н. Уголовно-правовое обеспечение охраны интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Титов Сергей Николаевич. – М., 2013. – 209 с.
17. Матвеев А.Г. К вопросу о декриминализации плагиата // Криминологический журнал БГУЭП. – 2012. – № 3. – С. 66–71.
18. Плагіатора взяли на поруки // Юридичний вісник України. – 3–9 березня 2012 р. – № 9.
19. Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Клейменова Світлана Миколаївна. – О., 2004. – 203 с.
20. Севідов О. А. Криміналістична характеристика злочинних порушень авторського і суміжних прав та основні положення їх розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Севідов Олександр Анатолійович. – Х., 2009. – 200 с.
21. Гулкевич В. Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Гулкевич Володимир Дмитрович. – Львів, 2008. – 218 с.
22. Дюма р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. – 2-е изд. : пер. с фр. – М. : Межд. отношения, 1993. – 384 с.
23. Мейер Д. И. Русское гражданское право : В 2 т. Т. 2. / Д. И. Мейер. – Изд. испр. и доп., по 8-му изд. 1902 г. – М. : Статут, 1997. – 455 с.
24. Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності : монографія. – Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – 192 с.
25. Дагель П.С. Условия установления уголовной наказуемости // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 67–74.
26. Корчевний Г. В. Адміністративна відповідальність за порушення авторських і суміжних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Корчевний Геннадій Валерійович. – О., 2002. – 178 с.
27. Прохоров-Лукін Г. Проблеми кримінально-правового захисту від плагіату / Г. Прохоров-Лукін, Є. Демидович // Юридичний вісник України. – 19–25 травня 2012 р. – № 20.
28. Пасенюк О. М. Деякі проблемні питання нового Кримінального кодексу України // Новий Кримінальний кодекс України. Питання застосування і вивчення: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Харків, 25–26 жовтня 2001 року). – К.-Х. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 17–24.
28. Ващинець І. І. Цивільно-правова охорона авторських прав в умовах розвитку інформаційних технологій : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ващинець Іван Іванович. – К., 2006. – 179 с.

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СІМ'Ї І ДІТЕЙ¹

Цінність сім'ї, її особлива роль у розвитку суспільства і формуванні кожної людини визнаються міжнародно-правовими документами, ратифікованими Україною. Зокрема, у ст. 16 Загальної декларації прав людини проголошується, що сім'я є природним і основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства і держави. Не менш важливе значення надається світовим співтовариством захисту дітей. Так, згідно зі ст. 32 Конвенції про права дитини у зв'язку з фізичною та розумовою незрілістю дитина потребує особливої охорони, турботи і допомоги, у т. ч. належного правового захисту, для повного і гармонійного розвитку її особистості; дитині необхідно рости в сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові і розуміння. У розвиток названих та багатьох інших міжнародно-правових положень ст. 51 Конституції України встановлює, що сім'я, дитинство, материнство та батьківство охороняються державою. Виходячи з надзвичайної важливості функцій, виконуваних сім'єю як первинним осередком суспільства, зокрема, щодо виховання дітей, кримінально-правова охорона сім'ї має стати одним з пріоритетів діяльності Української держави.

Чинний КК України містить низку норм про відповідальність за посягання на сім'ю та дітей, однак ці норми «розпорошені» по Особливій частині, не узгоджені між собою і не становлять певної системи. Так, експлуатацію дітей (ст. 150 КК) і використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1 КК) віднесено до злочинів проти честі, волі та гідності особи, примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру (ч. 3 ст. 300, ч. 4 ст. 301 КК), втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК) – до злочинів проти громадського порядку і моральності, спонукання неповнолітніх до застосування допінгу (ст. 323 КК) і схиляння неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів (ст. 324 КК) – до злочинів проти здоров'я населення. Ст. 164 («Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей»), ст. 165 («Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків»), ст. 166 («Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування»), ст. 167 («Зловживання опікунськими правами»), ст. 168 («Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)»), ст. 169 («Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)») розміщені в розділі V Особливої частини КК України, присвяченому злочинам проти конституційних прав і свобод людини і громадянина, при тому, що передбачені зазначеними заборонами діяння мають яскраво виражену специфіку об'єкта кримінально-правової охорони (аліментні, опікунські правовідносини і правовідносини, що виникають з приводу усиновлення), а фахівці в галузі конституційного права не розглядають сімейні правовідносини як підінститут основних прав і свобод людини і громадянина.

Враховуючи сказане, чимало вітчизняних правознавців (зокрема, П.П. Андрушко, О.І. Белова, В.В. Гальцова, І.В. Дегтярьова, Л.В. Дорош, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова, В.О. Навроцький, З.А. Тростюк, Н.С. Юзікова) наполягають на тому, що в Особливій частині КК слід виокремити розділ під назвою «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» або близькою до цього назвою. Наприклад, С.Я. Лихова, з урахуванням різниці між сімейними та опікунськими правовідносинами, врегульованими не лише сімейним, а і цивільним законодавством, висловлюється за те, щоб назвати відповідний розділ КК України «Злочини проти інтересів сім'ї, підопічних та неповнолітніх» [1, с. 253]. Доктринальна пропозиція про створення нового розділу справедливо виходить з того, що в один розділ Особливої частини КК мають входити статті про заборонені діяння, які посягають на один і той же родовий об'єкт.

Думки дослідників різняться головним чином із питання про кількість норм, які мають увійти до відповідного розділу Особливої частини КК України. Наприклад, О.І. Белова пропонує включити до нього посягання на такі безпосередні об'єкти, як особисті немайнові сімейні відносини (ст.ст. 148, 168, 169 КК), майнові сімейні відносини (ст.ст. 164, 165, 167 КК) та відносини щодо нормального фізичного, психічного, статевого та духовного розвитку неповнолітніх. При цьому посягання на відносини щодо нормального розвитку неповнолітніх поділяються на дві групи: 1) посягання на відносини щодо нормального розвитку неповнолітніх, які виникають між останніми та особами, на яких у встановленому законодавством порядку покладено сімейні, професійні або службові обов'язки щодо забезпечення такого розвитку (ст.ст. 137, 166, ч. 2 ст. 155, ч. 2 ст. 156 КК); 2) посягання на відносини щодо нормального розвитку неповнолітніх, які виникають між останніми та іншими членами суспільства або державою щодо забезпечення такого розвитку (ст.ст. 150, 304, 323, 324, ч. 1 ст. 155, ч. 1 ст. 156 КК) [2, с. 15–17, 19–20].

Загалом підтримуючи наведену логіку міркувань, водночас висловимо сумнів у доречності віднесення *de lege ferenda* до злочинів проти сім'ї та неповнолітніх статевого зносу з особою, яка не досягла статевої зрілості

¹ Стаття написана в співавторстві з К.Б. Дудоровою та опублікована: Актуальні проблеми правоохоронної діяльності та юридичної науки : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Дніпропетровськ, 19–20 вересня 2013 р.). – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2013. – С. 18–23.

(ст. 155 КК), і розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК). Адже злочини, передбачені ст. 155 і ст. 156 КК, посягають передусім на статеву недоторканість певних осіб і порушують заборони у сфері статевого відносин. Однак навіть якщо сприйняти пропозицію О.І. Белової і бути при цьому послідовним, залишається не зовсім зрозумілим, чому з розділу IV Особливої частини КК України у новоутворений розділ не треба переносити норми про кримінальну відповідальність за зґвалтування неповнолітньої і малолітньої особи (ч. 3 і ч. 4 ст. 152 КК) і насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинене щодо неповнолітньої або малолітньої особи (ч. 2 і ч. 3 ст. 153 КК). Невже лише тому, що ці кримінально-правові норми мають аналоги, які передбачають відповідальність за такі ж статеві злочини, вчинені стосовно дорослих?

На користь пропозицій щодо створення нового розділу Особливої частини КК України, присвяченого посяганням на сім'ю і неповнолітніх, свідчить і зарубіжний досвід. Сімейні відносини та (або) інтереси неповнолітніх як відокремлений (родовий або видовий) об'єкт посягань виділені законодавцями переважної більшості країн світу. Так, глави під назвою «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» (подібними назвами) є в кримінальних кодексах Білорусі, Казахстану, Киргизії, Латвії, Молдови, РФ, Таджикистану. Глава 4 «Злочини проти шлюбу, сім'ї та молоді» Особливої частини КК Болгарії складається з двох розділів, перший з яких називається «Злочини проти шлюбу та сім'ї», а другий – «Злочини проти молоді». КК Іспанії містить розділ XII «Злочини проти сімейних відносин», КК Італії – розділ XI книги 2 «Злочини проти сім'ї», КК Данії – главу 23 «Злочини проти сімейних відносин», КК Франції – главу VII розділу II «Про посягання на неповнолітніх осіб і на сім'ю», КК ФРН – розділ 12 «Карані діяння проти цивільного стану, шлюбу та сім'ї», КК Швейцарії – розділ 6 «Злочини і проступки проти сім'ї», КК Швеції – главу 7 «Злочини проти сім'ї», КК Польщі – главу XXVI «Злочини проти сім'ї та опіки», КК Вірменії – главу 20 «Злочини проти сім'ї та інтересів дитини», КК Литви – главу XXIII «Злочини і кримінальні проступки проти дитини і сім'ї», КК Норвегії – главу 20 «Злочини, пов'язані з сімейними відносинами» тощо.

Цілком природно, що в названих структурних підрозділах чужих кримінальних законів зустрічаються описання і таких пов'язаних із сімейними відносинами посягань, що невідомі вітчизняному кримінальному законодавству (намагання позбавити іншу особу сімейного статусу або придбати фіктивний сімейний статус, позбавлення неповнолітнього батьків чи опікунів, отримання викупу за дозвіл вступити в шлюб своїй неповнолітній дочці або родичці, багатоженство або бігамія, примушування жінки до вступу у шлюб або перешкоджання вступу у шлюб, жорстоке поводження з членами сім'ї, перелюбство і кровозмішення тощо).

Далі більш докладно зупинимось на окремих проблемних аспектах кримінально-правової характеристики таких класичних злочинів проти сім'ї і дітей, як ухилення від сплати аліментів на утримання дітей та ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків.

У ст. 164 КК України говориться про злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів), а так само про злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, котрі перебувають на їхньому утриманні. Кримінально караним ухиленням від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей не може вважатись ухилення від сплати аліментів, визначених на підставі нотаріально посвідченого договору батьків про сплату аліментів на дитину. Водночас така поведінка за наявності підстав може бути кваліфікована за ст. 164 КК як злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей.

Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей тягне відповідальність за ст. 164 КК лише у тому випадку, якщо таке ухилення було злісним. Принагідно зауважимо, що вказівка на злісність міститься в аналогічних статтях 164, 165 КК України нормах, включених до кримінальних кодексів країн СНД (крім Білорусі та Узбекистану). У примітці до ст. 164 КК України зазначено, що слід розуміти під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) або на утримання непрацездатних батьків.

Ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, також тягне кримінальну відповідальність тільки у випадку, якщо воно було злісним. Проте, на відміну від попередньої ситуації, кримінальний закон не розкриває поняття злісності, а тому його слід визнавати оціночним. У зв'язку з цим неточним є пов'язування кримінальної відповідальності за злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей із виникненням заборгованості у розмірі, що складає суму виплат за шість місяців відповідних платежів [3, с. 165]. Про злісний характер ухилення можуть свідчити, наприклад, тривалість ухилення, продовження ухилення після попередження про необхідність виконання обов'язку щодо утримання дітей та про кримінальну відповідальність за ухилення від виконання цього обов'язку, неодноразові звернення потерпілого чи інших осіб до винного. Має братись до уваги, зокрема, вплив ухилення на матеріальний стан дитини, а також сімейний і матеріальний стан того, хто ухиляється. Не може визнаватись злісним таке ухилення від сплати аліментів або ухилення від утримання дітей, яке хоч і тривало значний проміжок часу, проте було вимушеним з боку особи, на яку такий обов'язок покладался законом чи рішенням суду (несплата аліментів особою через неможливість знайти роботу, через хворобу тощо).

Значно конкретнішими (порівняно зі ст.ст. 164, 165 КК України, в яких застосовується поняття «злісне ухилення») є ст.ст. 174 і 175 КК Білорусі, якими ухилення батьків від утримання дітей і дітей – від утримання

батьків визнаються злочинами за умови, що таке ухилення мало місце понад три місяці протягом року. КК Бельгії встановлює покарання для того, хто протягом двох місяців ухиляється від сплати призначених судом аліментів. Болгарський законодавець, також уникаючи невизначених конструкцій на кшталт «злісне ухилення», передбачає, що відповідальність за ухилення від виконання судового рішення про утримання дружини (чоловіка), висхідного чи спадного родича, брата чи сестри настає, якщо особа свідомо не сплатила заборгованість у розмірі двох чи більше місячних внесків або умисно поставила себе у становище майнової неспроможності виконати зазначене судове рішення шляхом переведення майна на чуже ім'я чи в інший спосіб (ст. 183 КК Болгарії). Цікавим є і підхід, втілений у § 170 КК ФРН, відповідно до якого порушення обов'язку щодо утримання карається лише за умови, що у результаті цього життєвий рівень особи, яка має право на утримання, перебуває під загрозою або перебував би під загрозою, якби не було допомоги з боку інших осіб.

Оскільки у ст. 164 КК України йдеться про злісне ухилення батьків від утримання саме неповнолітніх або непрацездатних дітей, випадки злісного ухилення батьків від утримання повнолітніх працездатних дітей, які продовжують навчання і потребують матеріальної допомоги, диспозицією цієї статті не охоплюються. Така поведінка за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 166 КК як злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною. Разом з тим якщо винесено судове рішення про призначення аліментів на утримання повнолітньої працездатної дитини, котра продовжує навчання, злісне ухилення від виконання такого рішення суду може кваліфікуватись за ст. 164 КК України.

Чинні редакції ст. 164 і ст. 165 КК України не передбачають відповідальності за злісне ухилення від утримання інших (крім неповнолітніх, непрацездатних дітей та непрацездатних батьків), осіб, а тому потребують змін. Адже Сімейний кодекс України передбачає можливість стягнення за рішенням суду коштів на утримання інших членів сім'ї, крім дітей і батьків (наприклад, у ст. 75 цього Кодексу говориться про право одного з подружжя на утримання, а глава 22 Сімейного кодексу має назву «Обов'язок по утриманню інших членів сім'ї та родичів»). На сьогодні невиконання такого судового рішення (крім випадків, передбачених ст.ст. 164, 165 КК) може кваліфікуватись за ст. 382 КК. Тому занадто категоричним виглядає таке висловлювання: «Якщо свої аліментні зобов'язання, встановлені рішенням суду, не виконує, наприклад, повнолітній онук, то право на отримання аліментів, яке має непрацездатна бабуся, кримінальним правом» [1, с. 257].

Необхідність розширення кола потерпілих від злочинів, передбачених ст. 164 і ст. 165 КК України, впливає з положень не лише національного, а і міжнародного законодавства. Зокрема, відповідно до ст. 63 Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. Україна, ратифікуючи цей документ Законом від 11 січня 2013 р., зобов'язалась поширювати зазначену Конвенцію на стягнення на утримання: з батьків на повнолітніх непрацездатних дочку, сина; з батьків на повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчання, до досягнення ними 23 років; з повнолітніх дочки, сина на непрацездатних батьків; з баби, діда на внуки, які не досягли повноліття; з повнолітніх внуки, правнуки на непрацездатних бабу, діда, прабабу, прадіда; з повнолітніх братів, сестер на братів, сестер, які не досягли повноліття, та непрацездатних повнолітніх братів і сестер; з мачухи, вітчима на падчерку, пасинка, які не досягли повноліття; з повнолітніх падчерки, пасинка на непрацездатних мачуху, вітчима.

При зазначеному розширенні кола потерпілих варто брати до уваги і досвід зарубіжного законодавця. Наприклад, ст. 203 КК Молдови передбачає відповідальність за злісне ухилення від надання матеріальної допомоги не лише дітям і батькам, а і чоловіку (дружині), якщо є відповідне рішення суду, а статті 181, 183 КК Болгарії – за невиконання обов'язків по утриманню непрацездатного подружжя або іншого родича і за невиконання рішення суду утримувати подружжя, іншого родича, сестру, брата. Кримінальне переслідування ухилення від утримання одного з подружжя здійснюється і в інших країнах, зокрема, в Албанії, Андоррі, Бельгії, Іспанії, Казахстані.

В юридичній літературі висувається пропозиція об'єднати склади злочинів, передбачених ст. 164 і ст. 165 КК, і викласти диспозицію ч. 1 ст. 164 КК України у такій редакції: «Ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей, непрацездатного сина, дочки, батьків – карається...» [4, с. 10]. Ідея уніфікувати кримінальну відповідальність за ухилення від утримання осіб, які мають право на таке утримання, крім всього іншого, ґрунтується на відповідному зарубіжному досвіді і, на наш погляд, заслуговує на підтримку. Разом з тим цілком очевидно, що наведена редакція кримінально-правової норми не вирішує позначену вище проблему розширення кола потерпілих від злочинів, наразі передбачених ст. 164 і ст. 165 КК. Крім цього, видається не виправданою декриміналізація ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, котрі перебувають на їх утриманні, якщо це діяння не пов'язане з невиконанням судового рішення і відповідальність за вчинення якого передбачена чинною редакцією ст. 164 КК. До того ж, слушно відмовившись від використання терміну «злісність», ініціатор розглядуваних законодавчих змін не потурбувався про заміну цієї оціночної ознаки іншою криміноутворюючою ознакою, більш зрозумілою та однозначною з погляду правозастосування.

1. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 573 с.
2. Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: автореф. дис... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 20 с.
3. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина. – 1040 с.
4. Морозюк С.М. Кримінально-правова характеристика злочинів проти інтересів сім'ї та підопічних (ст.ст. 164–169 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 18 с.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ, ВЧИНЮВАНИХ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ПЛАТІЖНИХ КАРТОК АБО ЇХ РЕКВІЗИТІВ¹

Одним із заходів щодо детінізації економіки України визнається зростання ролі і питомої ваги безготівкових розрахунків. З урахуванням того, що використання готівки є сприятливим підґрунтям для ведення тіншового бізнесу, цивілізовані країни намагаються (зокрема, шляхом поширення розрахунків за допомогою платіжних карток) максимально зменшити кількість операцій з готівкою та обсяг готівкової маси в обігу. Організація грошових розрахунків із використанням платіжних карток має серйозну перевагу порівняно з готівковими розрахунками завдяки значній економії обігових витрат. Розвитку ринку платіжних карток сприяє глобальний характер сучасної економіки. Щодня у світі здійснюється операцій з платіжними картками на понад 2,5 трлн. доларів США; щосекунди за допомогою карток здійснюється приблизно 10 тис. операцій [1, с. 24]. Прагне не відставати від цих процесів і Україна. Однією з найбільш помітних тенденцій банківського обслуговування у нашій країні є постійне розширення сфери застосування платіжних карток. Технології, засновані на використанні електронних платіжних засобів, дозволяють якісно поліпшити роботу банківських установ.

Динамічне запровадження новітніх електронних платіжних систем, вдосконалення банківських технологій, роблячи більш зручним проведення грошових розрахунків у діловому житті і побуті, а так само скорочуючи витрати з обслуговування готівкового обігу, водночас сприяє поширенню протиправної поведінки, активізує діяльність злочинних угруповань, які спеціалізуються на вчиненні злочинів, пов'язаних з емісією і використанням платіжних інструментів. За оцінками фахівців, у світовому масштабі за допомогою платіжних карток систем Visa і MasterCard злочинці щорічно заволодівають приблизно 5 млрд. доларів США. Постійно відшукуються країни, які вже мають значні обсяги емісії платіжних карток, але поки що не навчилися ефективно боротись із «картковими» зловживаннями. До таких країн на сьогодні належить Україна, де продовжують в основному емітуватись платіжні картки із магнітною смугою, які досить легко підроблюються, у той час, як країни Західної Європи, запровадивши нові правила безпеки під час проведення операцій з картами, починаючи з 2005 р. випускають платіжні смарт-карти – «розумні» карти, які замість (або крім) магнітної смуги містять впаюну мікросхему (чип). Однак перехід на нову технологію є економічно не вигідним для банків. Адже собівартість смарт-карти щонайменше удвічі вища, ніж собівартість звичайної платіжної картки. Крім цього, банки повинні переобладнати всі банкомати і термінали у місцях торгівлі на прийом чіпових карток [2, с. 228]. На сьогодні в Україні лише близько 7% обладнані чіпами [3].

Не є секретом те, що населення, банки та інші юридичні особи в Україні наразі досить відчутно потерпають від злочинів проти власності, пов'язаних з емісією та обігом платіжних інструментів. Так, у листі НБУ від 4 вересня 2008 р. «Щодо безпеки ринку платіжних карток в Україні» повідомлялось, що у 2007 р. кількість шахрайських операцій із використанням платіжних карток порівняно з 2006 р. зменшилась майже вдвічі, однак сума заподіяних при цьому збитків збільшилась на 3 % і склала 1 млн. 235 тис. грн. У 2009 р. кількість шахрайських операцій з використанням платіжних карток, випущених вітчизняними банками, зросла порівняно з 2008 р. у 6,5 разів до 39 300 випадків [4]. За останніми даними, обсяг незаконних операцій з платіжними картками становить 0,8–1 % від їх загальної кількості. Враховуючи те, що українськими банками станом на кінець 2012 р. емітовано понад 50 млн. платіжних карток VISA і MasterCard, а сумарний обіг грошей лише за картками першого типу (яких емітовано майже 30 млн.) в Україні становить понад 20 млрд. дол. США, йдеться про ймовірне викрадення у банків та їх клієнтів значних сум коштів [5, с. 16]. За даними НБУ, у 2011 р. кількість протиправних операцій за банківськими картками підскочила до 7,6 тис. порівняно з 2,9 тис. роком раніше. Обсяг неправомірно списаних коштів збільшився майже в півтора рази – з 6,3 млн до 9,1 млн. грн. І це лише офіційна статистика (здебільшого банки намагаються відповідну інформацію не поширювати, щоб уникнути репутаційних втрат). У 2012 р. кількість махінацій з банківськими картками зросла на 47 % – до 11,17 тисяч, а обсяг операцій збільшився на 20% – до 10,92 млн грн. [6]. За оцінками Української міжбанківської асоціації платіжних систем «ЕМА», в 2013 р. зберігався «стабільно високий рівень банкоматного шахрайства» [7].

При цьому усталена позиція щодо кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, відсутня не лише на правозастосовному, а і на доктринальному рівні. Зазначені посягання становлять собою ініціювання платежів, несанкціоновані законними держателями карток, і, як правило, набувають вигляду оплати товарів і послуг за допомогою платіжних терміналів, спеціалізованих інтернет-сайтів або отримання готівкових грошових коштів із банківських автоматів. Зазвичай такі злочинні посягання поділяють на три групи: 1) ті, що вчиняються з використанням справжніх платіжних карток; 2) ті, що вчиняються з використанням підроблених платіжних карток; 3) ті, що вчиняються з використанням реквізитів платіжних карток (без безпосереднього використання самих платіжних карток).

¹ Стаття написана в співавторстві з М.В. Карчевським та опублікована: Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 1. – С. 97–123.

До першої групи злочинів належать посягання, для скоєння яких використовуються викрадені, загублені або отримані шляхом обману платіжні картки, а також злочини, вчинювані шляхом недобросовісного використання карток, добровільно переданих їх законними держателями (так зване дружнє шахрайство).

Посягання, пов'язані з використанням підроблених платіжних карток, означають отримання готівки або оплату товарів чи послуг шляхом ініціювання платежів з картокових рахунків (картрахунків) тих клієнтів банків, платіжні картки яких підробляються – повністю або частково. Способи підроблення платіжних інструментів докладно описані в криміналістичній літературі.

Злочини, вчинювані з використанням реквізитів платіжних карток, найчастіше здійснюються шляхом оплати товарів і послуг в інтернет-магазинах за чужий рахунок. У таких випадках зловмисник ініціює платіж шляхом введення реквізитів чужої платіжної картки (номер картки, прізвище та ім'я законного держателя картки, дата закінчення строку її дії тощо) на сайті спеціалізованої платіжної системи або інтернет-магазину. Так, у листі НБУ від 3 березня 2010 р. № 25-312/519-3299 «Рекомендації щодо використання платіжних карток» міститься рекомендація не відповідати на електронні листи, в яких від імені банку пропонується надати персональні дані. Не варто також відкривати сторінки в мережі Інтернет, зазначені в листах банку, оскільки це можуть бути сторінки-двійники, через які здійснюються незаконні операції з використанням реквізитів платіжних карток.

Незаконне ініціювання платежу без пред'явлення платіжної картки може бути здійснене і за допомогою банкоматів. Наприклад, один з українських комерційних банків надає послугу «Екстрені гроші». Для того, щоб отримати грошові кошти готівкою без платіжної картки, необхідно: 1) за допомогою банкомату, Інтернету або телефонного дзвінка оператору банку замовити таку послугу; 2) отримати спеціальний код (SMS-повідомлення), 3) використовуючи банкомат і код, отримати готівку. Для заволодіння чужими грошима зловмисник, знаючи номер картки потерпілого, може ініціювати здійснення відповідного платежу за допомогою банкомату і підтвердити отримання готівки шляхом введення спеціального коду. Номер картки і спеціальний код можуть бути отримані шляхом обману, заволодіння телефоном потерпілого тощо.

Подальший розгляд досліджуваної кримінально-правової проблематики передбачає описання хоча б у загальному вигляді засад банківського обслуговування та функціонування платіжних систем.

По-перше, отримання банківської послуги у вигляді можливості здійснювати розрахунки та отримувати готівку з використанням платіжної картки передбачає укладення договору банківського рахунку (глава 72 ЦК України), а також договору про порядок і умови використання електронного платіжного засобу (Закон України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»). Згідно з договором банківського рахунку банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок клієнта (власника рахунку) одержувані ним грошові кошти, а також виконувати розпорядження про переведення і видачу відповідних сум з рахунку. При цьому важливо, що на рахунку певного клієнта банку накопичується інформація про його безготівкові грошові кошти, тобто враховуються вимоги і зобов'язання банку щодо клієнта. Формулювання «сума грошових коштів на банківському рахунку клієнта» фактично означає наявність у клієнта права розпоряджатися певною сумою грошових коштів та відповідного зобов'язання у банківській установі. У свою чергу, залучені банком кошти клієнтів належать до активів банку і розміщуються ним із метою отримання прибутку від свого імені, на власних умовах та на власний ризик. У судовій практиці трапляються випадки ігнорування наведених положень регулятивного законодавства.

Так, у вироку Євпаторійського міського суду АРК зазначається, що винні особи вчинили операцію з викраденою у потерпілого банківською картою, а саме зняли з неї грошові кошти в сумі 2000 грн., тим самим викравши грошові кошти, що знаходилися на вказаній банківській картці [8].

Платіжна карта не є засобом зберігання грошових коштів, у зв'язку з чим формулювання на кшталт «грошові кошти, що знаходяться на банківській картці» є некоректними.

По-друге, для забезпечення оперативності і доступності банківського обслуговування у сфері здійснення переказів грошових коштів використовуються платіжні системи. Проведення переказу коштів є обов'язковою функцією, що має виконувати платіжна система.

Залежно від умов, за якими здійснюються платіжні операції з використанням спеціальних платіжних засобів, можуть застосовуватися дебетова, дебетово-кредитна та кредитна платіжні схеми. Дебетова схема передбачає здійснення користувачем платіжних операцій з використанням спеціального платіжного засобу в межах залишку коштів, які обліковуються на його рахунку. Під час застосування дебетово-кредитної схеми користувач здійснює платіжні операції з використанням спеціального платіжного засобу в межах залишку коштів, які обліковуються на його рахунку, а в разі їх недостатності або відсутності – за рахунок наданого банком кредиту. Кредитна схема передбачає здійснення користувачем платіжних операцій з використанням спеціального платіжного засобу за рахунок коштів, наданих йому банком у кредит або в межах кредитної лінії.

Як приклад функціонування платіжної системи розглянемо звичайну операцію отримання готівкових грошових коштів у банкоматі. Одразу зробимо застереження: випадки таємного заволодіння готівкою шля-

хом механічного пошкодження банкоматів за допомогою газових різаків, кутових шліфувальних машин чи вибуху, шляхом віджимання задніх дверцят банкоматів тощо розцінюються у судовій практиці як крадіжки і не мають відношення до обговорюваної нами проблематики. Це саме стосується випадків крадіжки готівки з банкоматів шляхом використання спеціального пристрою, який встановлюється всередині банкомату через «шаттер» (шторку), що відкривається для видачі коштів під час отримання клієнтом готівки.

Отже, після розміщення картки у зчитувальному пристрої банкомату, введення пін-коду і повідомлення держателем картки суми грошових коштів, які він потребує, розпочинається процедура авторизації, тобто отримання дозволу від банку-емітента на проведення операцій з платіжною картою. Через платіжну систему банк-еквайр направляє запит емітенту; останній здійснює перевірку переданих даних і, у випадку можливості здійснення платежу, направляє через платіжну систему дозвіл на операцію. Давши такий дозвіл, банк-емітент бере на себе зобов'язання виконати документально підтверджені вимоги банку-еквайру, що обслуговує конкретний банківський автомат, і блокує суму, що дорівнює сумі переказу на рахунок законного держателя картки. Отримавши дозвіл, банкомат видає необхідну клієнту суму готівки. Своєю чергою, емітент, отримавши підтвердження видачі готівки в банкоматі еквайра, здійснює списання грошових коштів з рахунку законного держателя картки і через розрахунковий банк платіжної системи здійснює відповідний переказ еквайру. Схема принципово не змінюється і при використанні банкомата, належного емітенту: на момент видачі готівки необхідна сума на рахунку законного держателя картки блокується, а фактичне списання грошових коштів здійснюється через певний час.

У випадку здійснення операцій із використанням платіжних терміналів або оплати товарів і послуг через Інтернет описаний алгоритм змінюється лише в тій частині, що відбувається не видача готівки, а переказ еквайром грошових коштів на рахунок відповідного суб'єкта господарювання. Отримавши документальне підтвердження такого переказу, емітент здійснює списання грошових коштів з рахунку законного держателя картки та їх переказ еквайру.

Важливо відзначити, що робота платіжної системи організована таким чином, що як запит на авторизацію з боку еквайра, так і відповідь з боку емітента, а також подальше списання грошових коштів з рахунку законного держателя картки здійснюються автоматично. Відповідна інформація обробляється комп'ютером і, в разі відсутності в переданому повідомленні спеціальних кодів дозвіл на видачу готівки направляється в автоматичному режимі.

«З технічної точки зору робота фронтальної системи банку-емітента налагоджена таким чином, що на іншому боці каналу зв'язку цю інформацію також обробляє машина, і в разі відсутності у переданому повідомленні певних кодів, що за законами моніторингу прямо вказують на потенційне шахрайство, повідомлення з дозволом на видачу готівки формується автоматично, і у зворотному напрямку по цим же каналам зв'язку передається на АТМ, з якого пішов запит... переважна більшість таких операцій відсікає участь живої особи на момент здійснення транзакції» [9].

Хоча вище описана лише принципова схема, цього, на нашу думку, достатньо для того, щоб зафіксувати таке положення: при ініціюванні платежу за допомогою банкомату, платіжного терміналу або Інтернету відбувається блокування (а не списання) суми платежу на рахунок законного держателя платіжної картки і фактичний переказ з рахунку банківської установи, яка здійснює еквайринг, після чого емітентом здійснюється списання грошових коштів з рахунку законного держателя картки та їх переказ еквайру.

Проведений нами аналіз судової практики (усього було досліджено 227 вироків) свідчить про те, що переважна більшість досліджуваних злочинних посягань на власність кваліфікується у теперішній час як крадіжка. У кримінально-правовій доктрині чіткої позиції з розглядуваного питання немає. В юридичній літературі висловлені аргументи на користь кваліфікації аналізованих посягань на власність і як крадіжки, і як шахрайства.

Щодо кваліфікації скоєного як крадіжки, то постає питання про охоплення безготівкових грошових коштів поняттям чужого майна як предмета вказаного злочину проти власності. Адже, як інколи зазначається у фаховій літературі, на банківському рахунку обліковуються не гроші, а вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів; безготівкові гроші на банківських рахунках не є речами, існують у формі записів і становлять собою свідоцтва зобов'язального права щодо вимоги клієнта до банку, зміст якого розкривається чинним законодавством, а також договором банківського рахунку між банком і клієнтом [10, с. 116–118]. В юридичній літературі з приводу визнання безготівкових коштів предметом злочину можна прочитати, що йдеться, по суті, про заволодіння майновими правами зобов'язального характеру (правом на майно), оскільки поняття «власник рахунку» та «грошові кошти на банківському рахунку» – умовні, адже і банківський рахунок, і безготівкові кошти на ньому є категоріями зобов'язально-правового характеру [5, с. 28; 11, с. 74].

Проблема, звичайно, існує і заслуговує на окремий поглиблений аналіз із залученням у тому числі здобутків цивілістики і фінансово-правової науки. Ми ж у цьому разі обмежимося викладенням пануючої у вітчизняній доктрині позиції, відповідно до якої: кримінально-правова оцінка посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом злочину при незаконному списанні

сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків. Як зазначають наші російські колеги, якщо ігнорувати архаїчну догматику і суворо керуватись текстом кримінального закону, слід виходити з того, що у кримінально-правовій нормі про крадіжку (у цьому сенсі ст. 185 КК України не відрізняється від ст. 158 КК РФ) говориться не лише про речі, а про будь-яке майно, а отже, і про грошові кошти на рахунку як об'єкт зобов'язальних прав і права на майно [12]. Отже, наукову дискусію щодо правової природи безготівкових грошей ми загалом не беремо до уваги при вирішенні питання про кваліфікацію розглядуваних злочинів.

Щодо кримінально-правової оцінки посягань на власність, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, як шахрайства, то одним із традиційних аргументів супротивників такого варіанту кваліфікації є те, що обман передбачає повідомлення неправдивих відомостей людині, чого не відбувається при використанні комп'ютеризованої платіжної системи. Обману не може бути поза спілкуванням між людьми тому, що обман – це інформаційний, інтелектуальний вплив однієї людини на свідомість і волю іншої. Стверджується також, що: банкомати і платіжні термінали як технічні пристрої, позбавлені психіки, не можуть бути введені в оману (як не можна обманути, наприклад, замок у сейфі); у випадку ініціювання та здійснення переказу коштів в автоматичному режимі за допомогою підроблених платіжних інструментів має місце не обман, а неправомірний вплив на процес оброблення комп'ютерної інформації [13, с. 76; 14, с. 428–429; 15, с. 55, 63–66; 16, с. 19–20; 17, с. 36–38; 18, с. 131; 19, с. 28].

Існує і точка зору, згідно з якою аналізовані посягання на власність взагалі не підпадають під ознаки складів злочинів проти власності, передбачених чинним законодавством, а кваліфікація цих посягань і як крадіжки, і як шахрайства є нічим іншим, як застосуванням кримінального закону за аналогією [19, с. 26–31; 20, с. 160–161; 21, с. 224–225; 22, с. 117–118]. Уточнимо, що йдеться про дослідження КК РФ, які мали місце до доповнення цього Кодексу новими нормами про відповідальність за певні різновиди шахрайства. Починаючи з грудня 2012 р. у КК РФ, крім загальної норми – ст. 159 «Шахрайство», містяться ст.ст. 159-1–159-6, які передбачають відповідальність за шахрайство у сфері кредитування, шахрайство, пов'язане з отриманням соціальних виплат, шахрайство з використанням платіжних карт, шахрайство у сфері страхування, шахрайство у сфері підприємницької діяльності і шахрайство у сфері комп'ютерної інформації. Принагідно зазначимо, що можливість використання наукових напрацювань російських вчених у контексті нашого дослідження зумовлена змістовною близькістю як законодавчих формулювань складів злочинів проти власності за КК України і КК РФ, так і відповідних доктринальних підходів.

За інформацією О.В. Чупрової, у правозастосовній практиці Англії особа не притягується до кримінальної відповідальності за злочини, вчинювані шляхом обману, при введенні неправдивої інформації в комп'ютер, оскільки останній не має розуму і не здатен визначити, є певні відомості правдивими чи ні [23, с. 127]. Натомість О.І. Бойцов повідомляє, що в цій країні зазначені злочинні посягання розцінюються як шахрайства всупереч думці меншості англійських криміналістів, котрі вважають, що обманути можна лише людину, а не комп'ютер [24, с. 186–187].

Переходячи до безпосереднього розгляду ознак складів злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, передусім відзначимо, що кваліфікація скоєного у таких випадках загалом не повинна залежати від того, справжню чи підроблену картку використовує винний. Адже в обох випадках відбувається одне і те саме – ініціювання платежу без дозволу законного держателя платіжної картки і, врешті-решт, необґрунтоване списання коштів з його картрахунку.

Тому відмінність у кваліфікації полягає лише в додатковому інкримінуванні тому, хто використовує підроблену платіжну картку, ст. 200 КК України «Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, електронними грошима, обладнанням для їх виготовлення». Справжній документ, на якому відсутні сліди будь-якого підроблення, є антиподом підробленого документа, про використання якого йдеться у ст. 200 КК України. Під використанням підроблених платіжних карток розуміється вчинення з їх допомогою різноманітних незаконних дій – здійснення переказу грошей неналежним ініціатором, одержання грошей у готівковій формі через банкомат, касу банку, іншої фінансової установи, проведення оплати за придбані товари, у тому числі тих, купівля яких здійснюється в системах електронної комерції, одержання інформації про стан банківського рахунку тощо.

Якщо шляхом використання чужої непідробленої платіжної картки здійснюється незаконне заволодіння грошовими коштами, вчинене треба кваліфікувати тільки як злочин проти власності. Така ж кримінально-правова оцінка має даватись діям, які полягають у використанні справжньої платіжної картки, отриманої без відома її законного держателя, про якого винний зібрав необхідну інформацію.

Спосіб ініціювання незаконного платежу також не повинен впливати на кваліфікацію аналізованих дій, оскільки використання банкомату, платіжного термінала або Інтернету суті кримінально караного посягання на власність не змінює.

Характер описання предмета та об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 200 КК України, дозволяє стверджувати, що випадки протиправного доступу до банківських рахунків через Інтернет, коли замовлення товарів (послуг) здійснюється без реальної присутності платіжної картки, диспозицією цієї кримінально-правової заборони не охоплюються. Тому лише як відповідний злочин проти власності треба розцінювати заволодіння коштами шляхом використання під час придбання товарів (послуг) не безпосередньо платіжних карток, а тільки їх реквізитів. З огляду на сказане, ми не погоджуємось з висловленою у літературі точкою зору [25, с. 26–27], згідно з якою у таких випадках винному слід інкримінувати і ст. 200 КК України.

Незаконне заволодіння чужими платіжними картками та пін-кодами до них до моменту фактичного заволодіння за їх допомогою грошовими коштами у випадку встановлення відповідного умислу утворює готування до корисливих посягань на власність і підлягає кваліфікації з посиланням на ст. 14 КК України. Як слушно зазначається у літературі, платіжна картка – лише засіб для вчинення розкрадання; метою дій злочинця є заволодіння не цією карткою, а грошовими коштами, що знаходяться на банківському рахунку держателя картки. На момент викрадення платіжної картки та ознайомлення інформації про пін-код до неї шкода банку чи власнику банківського рахунку не заподіюється [24, с. 186–187; 26, 174–175; 27, с. 64; 28, с. 91; 29, 490].

При цьому незаконне заволодіння справжніми платіжними картками, належними іншим особам, має додатково кваліфікуватись за ч. 1 або 2 ст. 357 КК «Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження». Тобто платіжна картка відіграє роль уже предмета відповідного злочину. «Платіжна картка має дуалістичну природу, тому що, з одного боку, це носій ідентифікаційної інформації у вигляді електронних даних, які містяться на магнітній смужі або мікрочипі, з другого – звичайний документ, що має містити реквізити, які дають змогу ідентифікувати платіжну систему й емітента» [30, с. 79, 183].

До речі, у вітчизняній судовій практиці до недавнього часу суперечливо вирішувалось питання про визнання важливими особистими документами банківських платіжних карток, незаконне заволодіння якими нерідко трапляється під час вчинення кримінально караних посягань на приватну власність. Врешті-решт Верховний Суд України дав на поставлене питання негативну відповідь, мотивуючи свою позицію тим, що банківська платіжна картка за умовами укладеного між установою банку і клієнтом договору є власністю банку і надається держателю в тимчасове користування на час дії договору, після чого підлягає поверненню банку. Як вбачається з постанови Верховного Суду України від 20 червня 2011 р., винесеної у справі Т., первісно засудженого і за ч. 3 ст. 357 КК, аргументом на користь невизнання банківської платіжної картки предметом передбаченого цією нормою злочину послугувало і те, що потерпіла відповідно до правил користування картою при її втраті негайно повідомила про це банк, внаслідок чого викрадені у неї разом з іншим майном платіжні картки були поставлені банками у стоп-лист. Таким чином, істотного ускладнення реалізації прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи не відбулося. Разом з тим Верховним Судом України було роз'яснено, що банківська платіжна картка, будучи різновидом офіційних документів, може бути предметом злочинів, описаних у ч. 1 і ч. 2 ст. 357 КК [31].

Окремої уваги потребує питання кваліфікації незаконного використання кредитних платіжних карток (їх реквізитів). Видаючи таку картку (укладаючи відповідний договір), банк-емітент пропонує держателю картки послугу кредитування. Несанкціоноване законним держателем використання кредитної картки або її реквізитів при отриманні готівки в банкоматі, оплаті товарів або послуг за допомогою платіжного терміналу або Інтернету фактично означає отримання кредиту від імені законного держателя картки. Видається, що злочинець у цьому випадку заволодіває правом на майно, що, вочевидь, мало б унеможливлювати кваліфікацію вчиненого як крадіжки. Утім, як показало вивчення матеріалів правозастосовної практики, підхід до кримінально-правової оцінки зазначених дій як крадіжки вельми широко застосовується українськими судами [32; 33; 34; 35; 36].

При використанні винною особою платіжної картки або її реквізитів для вчинення злочину проти власності має місце спрямування за допомогою платіжної системи банку-емітенту несанкціонованого (тобто здійсненого без відома законного держателя картки) запиту на проведення переказу. Далі відбувається безпідставне (у порушення укладеного договору банківського рахунку) списання банком грошових коштів з рахунку законного держателя платіжної картки. У таких випадках банк відповідно до ст. 1073 ЦК України зобов'язаний зарахувати відповідну суму на рахунок клієнта, сплатити відсотки і відшкодувати заподіяну шкоду, якщо інше не передбачено законом. Конкретизація вказаних положень ЦК стосовно відносин у сфері використання платіжних систем наводиться у вже згаданому Законі України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні».

Так, при ініціюванні переказу з рахунку неналежного платника (особи, з рахунку якої помилково або неправомірно переказана сума коштів) з вини ініціатора переказу, який не є платником, емітент зобов'язаний переказати на рахунок неналежного платника відповідну суму грошей за рахунок власних коштів. При цьому законний держатель платіжної картки після виявлення факту її втрати зобов'язаний негайно повідомити банк. До моменту повідомлення ризик збитків від здійснення операцій із використанням електронного платіжного засобу і відповідальність несе законний держатель, а з часу повідомлення – банк. Користувач зобов'язаний

негайно повідомити емітента або визначену ним юридичну особу про втрату спеціального платіжного засобу в порядку та формі, установлені договором. В іншому разі емітент не несе відповідальності за платіжні операції, ініційовані за допомогою цього спеціального платіжного засобу, до отримання такого повідомлення, якщо інше не встановлено договором (пп. 6.4 п. 6 Положення про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням, затвердженого постановою Правління НБУ від 30 квітня 2010 р. № 223). Також встановлюється заборона передачі платіжної картки іншим особам, обов'язок клієнта надавати банку інформацію для здійснення контактів із ним тощо.

Розгляд питання, кому саме в результаті досліджуваних злочинних посягань заподіюється шкода, не обмежується тільки відносинами між законним держателем платіжної картки і банком-емітентом. Мова також може йти про торговельне підприємство (наприклад, зловмисник використав підроблену платіжну карту для оплати товарів), банк-еквайр (саме належні йому грошові кошти винна особа отримує в банкоматі) і страхову компанію (у випадку страхування банківського рахунку від незаконних операцій). Як слушно зазначається в літературі, з урахуванням конкретних обставин, зокрема, правил платіжних систем, які можуть змінюватись, а також кваліфікації співробітників банків щодо ведення претензійної роботи збитки може понести будь-який із згаданих суб'єктів господарювання [2, с. 230; 37].

При використанні підробленої платіжної картки для отримання готівки з банкомату злочинець передусім вступає у відносини з банком – власником банкомату, тобто еквайром. Фактично банк передає зловмиснику, котрий використовує підробку, свої кошти при тому, що у кінцевому рахунку розглядувані дії зумовлюють списання коштів з банківського рахунку законного держателя платіжної картки. З цього приводу у літературі можна прочитати, що у такій ситуації як про предмет злочину варто вести мову, по-перше, про готівкові кошти, належні банку, і, по-друге, про безготівкові грошові кошти, які знаходяться на банківському рахунку потерпілого. У випадку спрямованості умислу винного на заподіяння шкоди майну, належному власнику банківського рахунку, вчинене пропонується кваліфікувати з урахуванням правил про помилку у кримінальному праві [38, с. 57–58].

Мабуть, у такій ситуації є підстави говорити про фактичну помилку – а саме про неправильне уявлення особи стосовно предмета злочину. Очевидно, що лише «просунутий» зловмисник, який розуміє механізм функціонування платіжної системи, здатен чітко усвідомити належність грошових коштів, якими він заволодіває, на момент вчинення злочину. Щоправда, вказана помилка не є релевантною, тобто юридично значущою. «Помилка в предметах одного роду юридичного значення не має, оскільки злочинний вплив на однорідні предмети не має суспільних особливостей – він завдає шкоди одним і тим же суспільним відносинам і тому охоплюється одними й тими ж кримінально-правовими нормами» [39, с. 159].

Висловимо для обговорення тезу про те, що момент списання грошових коштів з рахунку законного держателя платіжної картки та їх переказ еквайру не повинен впливати на кваліфікацію вчиненого злочину: останній має вважатись закінченим з моменту заволодіння коштами, належними еквайру, які є для винного чужими. Погоджуємось із М.П. Бікмурзінім у тому, що реальна можливість розпорядитись безготівковими грошима виникає у винного з моменту зарахування грошей на його банківський рахунок, а в певних випадках – уже в момент обманного списання грошей з рахунку законного власника на рахунок третьої особи (повернення боргу, оплата товарів чи послуг тощо). Шкода власнику грошових коштів заподіюється саме з цього моменту [40, с. 143].

Власником коштів, як вже зазначалось, виступає банк-еквайр. «Банк, одержуючи ці кошти, приміром, від вкладників, стає їх власником, а у вкладника з'являється на ці кошти право вимоги. Отже, заволодіваючи коштами банку, злочинці посягають на майно банку, якому і завдають шкоду» [5, с. 28].

Аналогічні міркування знаходимо у матеріалах, адресованих голові Державної служби фінансового моніторингу України і підготовлених фахівцями Української міжбанківської асоціації платіжних систем «ЄМА». Тут говориться про зловмисника, який вставляє підроблену картку у кардрідер банкомату та вилучає з нього гроші, поміщені у банкомат банком-еквайром, що обслуговує банкомат. У момент здійснення операції з видачі готівки банкоматом сума коштів, якими володіє банк-еквайр, зменшується, кошти списуються з рахунку цього банку, відповідно, з цього моменту злочин є підстави визнавати закінченим. Так само пропонується вирішувати питання про момент закінчення злочину у випадку здійснення зловмисником безготівкової оплати товарів чи послуг у торговельній мережі. Адже на момент вчинення шахрайської операції кошти списуються з рахунку банка-еквайра, що обслуговує термінал, за допомогою якого здійснюється транзакція [9].

У межах підходу, викладеного нами вище у постановочному плані (комусь цей підхід може видатись за надто прагматичним, якщо хоче – «пробанкірським»), унеможливлуватиметься обов'язкове пом'якшення покарання в порядку застосування ч. 3 ст. 68 КК України як результат кваліфікації вчиненого посягання на чужу власність як замаху на злочин. Крім цього, не потрібно буде з'ясовувати волевиявлення законних держателів платіжних карток та емітентів щодо притягнення винних до кримінальної відповідальності, що у певних випадках (наприклад, коли ці особи перебувають за кордоном) буває проблематичним.

З погляду вирішення питань кримінально-правової кваліфікації встановлення того, кому саме унаслідок злочинних дій врешті-решт було завдано збитків і хто (наприклад, емітент або страхова компанія) буде їх відшкодовувати, навряд чи є принциповим. Ці обставини, звичайно, підлягають встановленню, але у порядку цивільного і господарського судочинства, пов'язаного з відшкодуванням збитків.

Однак чи не найбільше дискусій викликає серед фахівців питання про спосіб вчинення злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів. Вважаємо, що тут все ж має місце обман, а отже, варто вести мову про шахрайство (ст. 190 КК України), а не про крадіжку. Виходимо при цьому з наступного. Неправдиві відомості повідомляються банківській установі, що використовує комп'ютерну техніку для інтенсифікації своєї діяльності у сфері банківських розрахунків. Обман у цьому разі є, умовно кажучи, опосередкованим: неправдиві відомості про ініціювання платежу фактичним держателем картки повідомляються не безпосередньо банківському службовцю, а через засоби обчислювальної та комунікаційної техніки. Інакше кажучи, при вчиненні такого шахрайства обманюється не комп'ютер, а людина, яка використовує комп'ютер для удосконалення своєї діяльності. Змінюючи комп'ютерну інформацію, винна особа змінює дійсність, але особа, яка створила (експлуатує) комп'ютерну програму, про це не знає, в результаті чого дійсність не відповідає уявленню цієї особи про неї, а тому можна вести мову про обман.

На відміну від традиційного шахрайства, так зване комп'ютерне шахрайство не передбачає «фізичного контакту» винного з потерпілим [24, с. 396], але від цього вчинене, на нашу думку, не перестає бути шахрайством. «...у тих випадках, коли через комп'ютер інформацію отримує і обробляє фізична особа, комп'ютер варто визнавати засобом вчинення злочину, а зазначений механізм обману особи – окремим самостійним різновидом обману» [41, с. 235]. У випадку «комп'ютерного» шахрайства контакт з людиною (її обман) відбувається не напряму, а опосередковано. Так, створюючи комп'ютерний вірус, який порушує функціонування комп'ютерних програм і дозволяє знімати грошові кошти з банківських рахунків, особа обманює осіб, які використовують ці програми, у зв'язку з чим таке діяння можна назвати обманом. І це буде не обманом машини, а обманом людини, котра її створила [42, с. 370].

Сказане дозволяє стверджувати про безпідставність прирівнювання платіжної картки як засобу доступу до банківського рахунку, використання якого передбачає процедуру авторизації, наприклад, до ключа, за допомогою якого злочинець відкриває замок на приміщенні, де знаходиться майно (замок не ідентифікує володільця ключа як власника майна).

Використання банківською установою системи, заснованої на використанні електронних платіжних засобів, фактично є розширенням форм комунікації банку з клієнтами. Отримання готівки в банкоматі, здійснення оплати товарів або послуг за допомогою платіжної карти (в Інтернеті або торговельному підприємстві, об'єднаному платіжному терміналом) – це по суті така ж форма спілкування банку з клієнтом, що і звернення до касира. Різниця полягає лише в технічних засобах, які, як відомо, суті діяльності не змінюють.

Критикуючи законодавче позначення різновиду шахрайства, регламентованого ст. 159-6 КК РФ, як шахрайства у сфері комп'ютерної інформації, В.І. Тюнін слушно зауважує, що правильніше вести мову про вчинення злочину з використанням комп'ютерних технологій, оскільки особливості сфери вони не утворюють; комп'ютерні технології забезпечують функціонування і захист інших сфер діяльності людини. Показовими в цьому контексті є також міркування П.С. Яні. Погоджуючись з тим, що комп'ютер обманути неможливо, науковець водночас не виключає можливості кваліфікації як шахрайства випадків введення в оману різних ідентифікаційних пристроїв, які ґрунтуються на використанні відбитків пальців, голосу, рис обличчя людини тощо [43, с. 13]. Але ж і такі ідентифікаційні пристрої позбавлені розуму, психіки тощо, у зв'язку з чим підхід П.С. Яні при бажанні може бути розцінений як дещо непослідовний.

В.О. Навроцький, хоч і не сумнівається в тому, що заволодіння коштами шляхом використання чужої банківської платіжної картки має кваліфікуватись за ст. 185 КК України як крадіжка чужого майна, цілком слушно зазначає, що на платіжній картці і пін-коді закріплена інформація, взаємопов'язана з інформацією, якою володіє банк. «...вставляючи картку до банкомату та проводячи відповідні операції з клавіатурою, винний безпосередньо отримує доступ не до сейфового відділення банкомата, а зв'язується з операційною системою банку – емітента карточки, отримує доступ до рахунку та дає банку вказівку провести певну операцію» [29, с. 491–492]. Виходить, що вчений фактично визнає ту обставину, що використання комп'ютерів при здійсненні банківських розрахунків – це лише форма спілкування між людьми, обміну інформації між ними.

Із сказаного випливає, що банкомат – не просто сейф зі складним механізмом охорони. У зв'язку з цим не варто проводити паралелі між викраденням грошей із сейфу і розкраданням грошей з банкомату (за винятком його пошкодження). Банкомат призначений для проведення банківських операцій, що і відбувається при використанні платіжної картки. Гроші видаються унаслідок надання банком послуги із надання готівки, і картка у жодному разі не слугує ключем до сховища грошей [22, с. 137–138].

В.В. Хилюта, заперечуючи положення про визнання розкрадання з використанням комп'ютерної техніки різновидом шахрайства, пише, що при такому розкраданні команди, які видає ЕОМ, і документи нічим не

відрізняються від справжніх за формою, будучи фальшивими по суті. А особа, котра працює із системами автоматизованого оброблення інформації, об'єктивно поставлена у такі умови, коли вона сумлінно помиляється щодо отриманої інформації через відсутність контакту з винним [19, с. 29–30]. Отже, визнається, що в кінцевому рахунку вводиться в оману не комп'ютер, а людина, і з цією тезою дослідника ми принципово погоджуємось. Водночас для нас не зовсім зрозуміло, чому інформація, яка змістовно не відповідає дійсності, не може характеризувати обман як спосіб шахрайства.

Викладене дозволяє сформулювати такі положення. По-перше, направляючи несанкціонований законним держателем картки запит на здійснення платежу і використовуючи існуючу платіжну систему і встановлені в ній правила автоматизованого оброблення запитів законних держателів карток, зловмисник, видаючи себе за законного держателя платіжної картки, обманює банківську установу (банк-емітент) щодо необхідності виконання останнім зобов'язань, обумовлених договором, укладеним між банком і законним держателем картки. По-друге, внаслідок цього введення в оману банк-емітент здійснює необґрунтоване списання безготівкових коштів з рахунку законного держателя картки, що врешті-решт призводить до заподіяння останньому збитків у вигляді зменшення кількості безготівкових грошових коштів, врахованих на картрахунок. По-третє, діяння винного у вигляді ініціювання переказу безготівкових грошових коштів і вказані суспільно небезпечні наслідки знаходяться у причинному зв'язку.

Легко передбачити критику пропонованого підходу. Навіть якщо погодитися з тим, що обман у розглянутих ситуаціях має місце, то чи можна говорити тут про наявність складу злочину «шахрайство»? Адже неправдиві відомості у цьому разі повідомляються не потерпілому, а передача майна (права на нього) здійснюється не потерпілим.

Як роз'яснюється у п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) при шахрайстві застосовується винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна (права на нього). Обов'язковою ознакою шахрайства вважається добровільність передачі майна чи права на нього.

Домінуюче у вітчизняній юридичній літературі розуміння шахрайства також зводиться до того, що обман передбачає повідомлення неправдивих відомостей саме потерпілому.

Традиційною особливістю шахрайства (ст. 190 КК України) вважається те, що потерпілий, воля якого сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього. При цьому потерпілий переконаний у тому, що розпоряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо потерпілий – особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Для кваліфікації скоєного як шахрайства не має значення рівень витонченості обману, ступінь обачності або, навпаки, легковажності потерпілого. Важливо лише, щоб у конкретній ситуації він не усвідомлював факту застосування щодо нього обману (зловживання довірою), щоб обманні дії винного були ефективними в аспекті успішного заволодіння чужим майном (правом на нього). Таким чином, обов'язковою ознакою шахрайства є добровільність передачі майна чи права на нього; щоправда, така добровільність має умовний (уявний) характер, адже насправді дії зазначених осіб щодо передачі майна чи права на нього обумовлені тим, що вони введені в оману.

Разом з тим не можемо не відзначити, що законодавчі підстави для такого обмежувального тлумачення обману при шахрайстві відсутні. Необхідно вказати і на те, що дотримання зазначеного традиційного підходу в сучасних умовах ускладнення суспільних відносин і, зокрема, включення в діяльність людини новітніх технічних засобів істотно обмежує сферу застосування кримінально-правової заборони, присвяченої шахрайству. Показово, що в літературі вже висловлено думку про охоплення диспозицією ст. 190 КК України випадків обманного заволодіння чужим майном (правом на нього) і без участі потерпілого [44, с. 10–11, 14]. Визначення шахрайства в КК України («заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою») нічого не говорить про поведінку потерпілого, що наводить на думку на слушність наведеної точки зору. Остання, до речі, може стосуватись і випадків обманного заволодіння чужим рухомим майном. Цікаво, що в узагальненні Верховного Суду України «Практика розгляду судами справ про злочини проти власності» при розкритті суті обману цілком обґрунтовано, на наш погляд, не вказується на те, що у такий спосіб винний у шахрайстві викликає у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі йому майна або права на майно; натомість тут правильно говориться про те, що обман використовується винним з метою заволодіння чужим майном (права на нього) [45].

Думка про те, що використання підроблених платіжних засобів, результатом чого став переказ грошових коштів або їх одержання готівкою, має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. 200 і ст. 190 КК України (відповідно, ст. 187 і ст. 159 КК РФ), є досить поширеною в юридичній літературі [11, с. 98–102; 24, с. 348, 388; 25, с. 22; 26, с. 273; 46, с. 36–41; 47, с. 102–104; 48, с. 28; 49, с. 337–338; 50, с. 575].

У світлі сказаного викликає інтерес постанова Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2007 р. № 51 «Про судову практику у справах про шахрайство, привласнення і розтрату», в якій зазначається, що шахрайство вчиняється шляхом обману або зловживання довірою, під впливом яких власник майна, інша особа або уповноважений орган влади передають майно або право на нього іншим особам або не перешкоджають вилученню цього майна або придбанню права на нього іншими особами. Аналізуючи викладене роз'яснення, П.С. Яні відзначає, що в ньому враховані і ті випадки (що мають, зокрема, місце при так званому рейдерстві), коли винний з метою протиправного і безоплатного вилучення чужого майна вводить в оману не самого потерпілого, а інших осіб та органи влади (наприклад, суд), представляючи в судовому засіданні у цивільній справі сфальсифіковані докази. При цьому в ролі іншої сторони у цивільній справі за підробленими документами може виступати підставна особа, а не справжній відповідач чи його представник. Суд, будучи введеним в оману, ухвалює рішення про повернення майна потерпілого на користь винного, а судові пристави це рішення виконують. Особа, якій завдається шкода (керівник юридичної особи, на чий майно спрямоване посягання), в такій ситуації взагалі може не знати про судовий процес аж до звернення стягнення на майно і передає його, таким чином, винному не під впливом введення в оману [51, с. 14–20].

Таким чином, суспільно небезпечні посягання на власність, які вчиняються з використанням платіжних карток або їх реквізитів та які врешті-решт призводять до несанкціонованого законним держателем картки переказу грошових коштів з його рахунку, є підстави кваліфікувати не як крадіжку, а за ст. 190 КК України як шахрайство.

Запропонований нами підхід дозволяє: 1) давати кримінально-правову оцінку, яка відповідатиме суті аналізованих злочинних посягань та особливостям правового регулювання функціонування платіжних систем; 2) забезпечити стабільність правозастосовної практики, коли всі види відповідних посягань (з використанням банкомату, платіжного терміналу, Інтернету, кредитної, дебетової або кредитно-дебетової платіжної картки) розглядатимуться як злочини проти власності одного виду (шахрайство), а значення для кваліфікації будуть мати по-справжньому суттєві ознаки (вчинення злочину у співучасті, розмір заподіяних збитків, повторність тощо). Кримінально-правова оцінка скоєного не залежатиме від технологій, які використовуються для здійснення платежу, включаючи впровадження нових видів електронних платіжних інструментів; 3) за умов прогнозованого зростання кількості злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, створити передумови для уніфікації відповідної правозастосовної практики.

Обстоюваний нами підхід до кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, на перший погляд може розглядатись як аргумент на користь доповнення вітчизняного КК окремою нормою про відповідальність за злочини проти власності із застосуванням платіжних систем. Між тим, таке рішення не є безспірним. І тут знову може стати у нагоді зарубіжний досвід. Як вже зазначалося, КК РФ відносно нещодавно був доповнений низкою спеціальних норм про відповідальність за шахрайство (ст.ст. 159.1–159.6), серед яких – норма про шахрайство з використанням платіжних карт (ст. 159.3). Незважаючи на відомі аргументи на користь такої законодавчої новели, висловимо сумнів в її слушності. Доповнення КК спеціальними нормами про шахрайство може розглядатись як приклад надлишкового кримінально-правового регулювання. Так, згідно з чинним КК РФ кваліфікація несанкціонованого законним держателем платіжної картки переказу залежить від того, чи застосовувався при вчиненні злочину банкомат. Але ж це ознака є явно незначною для визначення суті посягання.

Нагадаємо, що на момент прийняття розглядуваних законодавчих змін була сформована позиція щодо кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів. У п. 13 вже згаданої постанови Пленуму Верховного Суду РФ «Про судову практику у справах про шахрайство, привласнення і розтрату» зазначалося, що не утворює складу шахрайства заволодіння чужими грошовими коштами шляхом використання заздалегідь викраденої або підробленої кредитної (розрахункової) карти, якщо видача готівкових коштів здійснюється через банкомат без участі уповноваженого працівника кредитної організації. У цьому випадку вчинене мало кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 158 КК РФ як крадіжка. Якщо ж особа заволодіває грошовими коштами, що знаходяться на банківських рахунках, шляхом використання викраденої або підробленої кредитної (розрахункової) карти і введення у такий спосіб в оману уповноваженого працівника кредитної, торговельної або сервісної організації, то вчинене пропонувалось кваліфікуватись як шахрайство.

До речі, окремі вітчизняні дослідники є прибічниками подібної диференційованої кримінально-правової оцінки розглядуваних злочинних посягань [5, с. 8; 52, с. 2]. Вважаємо таку диференціацію невиправданою, оскільки участь уповноваженого працівника у грошових розрахунках не змінює суті злочинного посягання, при вчиненні якого зловмисник у своїх цілях використовує результат автоматизованого оброблення даних комп'ютеризованою системою. Звичайно, у цьому випадку має місце введення в оману уповноваженого працівника стосовно особи законного держателя платіжної картки, але ж обов'язкова при будь-якій операції за платіжною картою авторизація здійснюється комп'ютером, а не уповноваженим працівником (наприклад, касиром торговельного підприємства, який розміщує картку покупця у пристрої, що зчитує з неї інформацію).

Законодавчі зміни, які сталися у 2012 р. у РФ, дозволяють розглядати злочини проти власності, вчинювані з використанням банкоматів, як шахрайство у сфері комп'ютерної інформації (ст. 159.6 КК РФ). Якщо використати термінологію цієї кримінально-правової норми, можна говорити, що має місце розкрадання чужого майна шляхом введення комп'ютерної інформації (відбувається розміщення підробленої картки в скануючому пристрої банкомата і введення пін-коду).

Як бачимо, з одного боку, ст. 159.3 КК РФ певною мірою означає законодавче закріплення раніше сформованої практики. З іншого, ст. 159.6 КК РФ стосовно кваліфікації використання підроблених або викрадених платіжних карток за допомогою банкоматів запроваджує підхід, який не відповідає судовій практиці. Слід звернути увагу і на те, що основний склад шахрайства у сфері комп'ютерної інформації конкурує з основними складами злочинів, передбачених ч. 1 ст. 272, ч. 1 ст. 273 КК РФ.

У загалом критичному відгуку кафедри кримінального права і кримінології юридичного факультету Московського державного університету імені М.В. Ломоносова на відповідний законопроект підтримується лише положення щодо доповнення кримінального закону нормою про шахрайство, поєднане з подоланням комп'ютерного захисту майна. Однак з урахуванням усталеної правозастосовної практики і така новела характеризується як надмірна, оскільки вона могла бути регламентована у межах загальної норми про шахрайство (ст. 159 КК РФ) [12]. Натомість, на думку І.А. Клепицького, окрема норма про «комп'ютерне» шахрайство має бути у КК РФ тому, що вона заповнює прогалину, пов'язану з неможливістю кваліфікувати, зокрема, зловживання з банківськими рахунками шляхом неправомірного доступу до них [53, с. 41]. Аналогічної думки дотримується В.В. Хилjuta [19, с. 29–30].

Повернемось однак до законодавчих новел РФ. Якщо неправдивий запис про грошову суму вноситься в електронний рахунок, а згодом ця сума знімається через банкомат шляхом використання підробленої картки, вчинене має кваліфікуватись одразу за двома нормами про шахрайство – у сфері комп'ютерної інформації і з використанням платіжних карт, хоча це один злочин [54]. Для того, щоб вирішити породжену законодавцем проблему конкуренції кримінально-правових норм, у літературі висувається пропозиція доповнити ч. 2 ст. 159-3 КК РФ формулюванням «шахрайство з використанням платіжних карт шляхом використання платіжних засобів або засобів ЕОМ чи шляхом створення завідомо неправдивих програм, використання неправдивих або неповних даних, шляхом неправомірного використання даних або іншого неправомірного впливу на результат оброблення даних» [55, с. 11, 28].

Доцільність прийняття спеціального кримінально-правової заборони, орієнтованої на конкретний вид платіжних засобів, видається сумнівною і з погляду забезпечення стабільності кримінального законодавства. Сьогодні з'являються технічні рішення, що дозволять з часом відмовитися від платіжних карток. Розвиток сучасних інформаційних технологій відбувається дуже швидко. Так, уже зараз операції з грошовими коштами на банківських рахунках можуть здійснюватись за допомогою мобільних платіжних інструментів – електронних платіжних засобів, реалізованих в апаратно-програмному середовищі мобільних телефонів або інших бездротових пристроїв користувача. Тому використання в кримінальному законі термінів, пов'язаних із конкретним технологічним рішенням, постійно вимагатиме внесення змін КК. При цьому не відбуватиметься принципової зміни суті злочинних посягань, змінюватиметься лише їхня технічна характеристика.

Законодавець не лише РФ, а і деяких інших країн, реагуючи на проблему обману у випадках зміни інформації, оброблюваної за допомогою комп'ютера, формулює спеціальні кримінально-правові заборони, присвячені «комп'ютерному» шахрайству (наприклад, § 263a КК ФРН, ст. 640 ter КК Італії, ст. 213 Пенітенціарного кодексу Естонії, ст. 287 КК Польщі, ст. 212 КК Білорусі). Показово, що зарубіжний законодавець веде мову про так зване комп'ютерне шахрайство, а не, наприклад, про «комп'ютерну» крадіжку, що, як видається, слугує аргументом на користь обстоюваного нами положення про «опосередкований» обман.

Так, в юридичній літературі стосовно § 263a КК ФРН відзначається, що цією нормою встановлено покарання за нову форму специфічних маніпуляцій, спрямованих на заподіяння шкоди чужому майну, коли людина вводиться в обман шляхом використання комп'ютерної техніки [56, с. 892–893].

У постанові Пленуму Верховного Суду Республіки Білорусь від 21 грудня 2001 р. № 15 «Про застосування судами кримінального законодавства у справах про розкрадання майна» зазначається, що розкрадання шляхом використання комп'ютерної техніки (ст. 212 КК РБ) можливе лише за допомогою комп'ютерних маніпуляцій, які полягають в обмані потерпілого або особи, якій майно ввірено або під охороною якої воно знаходиться, з використанням системи оброблення інформації. Таке розкрадання може бути вчинено як шляхом зміни інформації, що обробляється в комп'ютерній системі, яка зберігається на машинних носіях або є переданою по мережах передачі даних, так і шляхом введення в комп'ютерну систему неправдивої інформації.

Питання, чи не варто і нам рухатись у такому в такому ж напрямі – напрямі створення сучасних юридичних конструкцій, залишається відкритим. Поки що відповідний вітчизняний досвід навряд чи може розцінюватись як успішний. Маємо на увазі критично сприйняту багатьма дослідниками ч. 3 ст. 190 КК України, яка перед-

бачає відповідальність у тому числі за шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки. Очевидно, що ця норма не відповідає фактичному рівню розвитку інформаційних відносин. На момент її появи застосування комп'ютерної техніки для вчинення шахрайства могло свідчити про підвищену суспільну небезпеку кримінально караного посягання. Поширеність систем дистанційного банківського обслуговування була незначною, а користувалися ними лише великі суб'єкти господарювання. Тому ч. 3 ст. 190 КК досить чітко окреслювала коло діянь, які обґрунтовано розглядались як особливо кваліфікований вид шахрайства, близький за ступенем суспільної небезпеки до шахрайства у великих розмірах. Однак стрімкі темпи проникнення інформаційних технологій у фінансову сферу зумовили якісну зміну аналізованого виду шахрайства. Вже зараз правоохоронні органи фіксують відчутну кількість таких злочинів, поєднаних із заподіянням шкоди, що відповідає ознакам простого або кваліфікованого шахрайства. Чи завжди можна вважати обґрунтованою кримінально-правову оцінку таких дій саме за ч. 3 ст. 190 КК? Зрозуміло, що ступінь суспільної небезпеки таких діянь визначається головним чином розміром злочинних наслідків, а використання електронно-обчислювальної техніки навряд чи може розглядатись як ознака, що фактично прирівнює просте шахрайство до кваліфікованого чи особливо кваліфікованого.

З урахуванням викладеного вважаємо за доцільне відмовитись від цієї кваліфікуючої ознаки шахрайства. За умов стрімкого розширення сфери застосування інформаційних технологій положення ч. 3 ст. 190 КК набувають вигляду анахронізму, характеру таких, що не забезпечують адекватного кримінально-правового відображення рівня розвитку суспільних відносин.

Висловимо припущення, що саме наявність цієї кримінально-правової норми за наявності конституційного імперативу «усі сумніви – на користь особи» стала причиною появи вельми спірної, на наше переконання, правозастосовної практики кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, як крадіжки. Адже використання підробленої або чужої платіжної картки (її реквізитів) для протиправного отримання готівки або оплати товарів чи послуг є підстави розглядати як карану за ч. 3 ст. 190 КК України незаконну операцію з використанням електронно-обчислювальної техніки. Цілком очевидно, що кваліфікація вчиненого за цією нормою порівняно з інкримінуванням ч. 1 ст. 185 КК (зрозуміло, за відсутності відповідних кваліфікуючих ознак) тягне для винної особи більш суворі кримінально-правові наслідки, пов'язані з визначенням виду і розміру покарання, неможливістю примирення тощо. Разом з тим нам імпонує теза В.О. Навроцького про юридичну правильність і політичну зрілість позиції тих правників, які відстоюють «чистоту кваліфікації». «Під нею якраз і розуміють точність кримінально-правової оцінки скоєного, інкримінування саме тих норм кримінального закону, які передбачають діяння, безвідносно до можливого покарання або застосування інших заходів» [57, с. 120].

Насамкінець вважаємо за доцільне звернути увагу на прогноз розвитку аналізованих злочинів. Певний інтерес тут становлять дані зарубіжної статистики. Так, у країнах ЄС серед злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток, 51% вчиняється з використанням підроблених платіжних карток. При цьому питома вага злочинів, пов'язаних з використанням реквізитів платіжних карток (так звані злочини групи CNP – card-no-present), серед усіх розглядуваних посягань склала 56% [58]. Порівняння цих показників із наведеними вище результатами узагальнення вітчизняної судової практики (2,6% – використання підроблених карток, 3,5% – використання реквізитів карток) свідчить, що на сьогодні в Україні переважають найбільш прості види злочинів досліджуваної групи. Можна спрогнозувати, що подальше розширення сфери використання електронних платіжних інструментів призведе до ускладнення вчинюваних посягань, збільшення кількості злочинів, вчинюваних із використанням реквізитів платіжних карток (зокрема, ініціювання неналежних платежів за допомогою Інтернету), а також підроблених платіжних карток. Після переходу протягом останніх років більшості європейських країн на чипові картки основною тенденцією на європейському ринку є перетікання шахрайських операцій у віртуальне середовище, тобто без пред'явлення картки. Не є винятком у цьому платні й Україна: порівняно з 2011 роком цей показник за кількістю та сумами операцій зріс більш як у 3 рази. За таких обставин наявність вираженої позиції щодо кваліфікації зазначених злочинів є запорукою стабільності правозастосовної практики і загалом підвищення ефективності правоохоронної діяльності у відповідній сфері.

1. Шахрайство на фінансовому ринку. Практичний посібник з протидії / За ред. В. Фещенка. – К.: Українське агентство фінансового розвитку, 2011. – 424 с.
2. Нерсесян А.В. Безопасность применения пластиковых карт – законодательство и практика // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы совместного российско-германского стола, 9 октября 2009 г. – М.: МГЮА, 2009. – С. 226–250.
3. Колодовський М.В. Шахрайство з платіжними картками в контексті розвитку новітніх інформаційних технологій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.uabs.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/8050/1/Шахрайство%20з%20платіжними%20картками%20тези.pdf>.

4. Святненко А. Пірати XXI століття. Україна може стати оплотом шахрайства з платіжними картами // Дзеркало тижня. – 30 квітня 2010 р. – № 17.
5. Виявлення та розслідування злочинів, пов'язаних з використанням засобів доступу до банківських рахунків: метод. рекомендації / В.О. Фінагеев, С.С. Чернявський, О.Ю. Татаров та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 79 с.
6. Інформаційні матеріали до Круглого столу «Кіберзлочинність: українські банки на лінії удару» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ema.com.ua/wp-content/uploads/2013/11/cybercrime_information_materials.pdf.
7. Бюллетень № 6 з питань управління платіжно-кредитними ризиками в 2013–2014 рр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ema.com.ua/wp-content/uploads/2013/10/EMA-Infosecurity-report-Conference-announce-15.10.13.pdf>.
8. Вирок Євпаторійського міського суду АРК у справі № 106/4007/13-к від 2 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32135999>.
9. Круглий стіл «Кіберзлочинність: українські банки на лінії удару». Запитання і відповіді [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ema.com.ua/wp-content/uploads/2013/11/cybercrime_questions_answers.pdf.
10. Гетманцев Д.О., Шукліна Н.Г. Банківське право України: навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 344 с.
11. Джафарли В.Ф. Уголовная ответственность за совершение хищений в банковской сфере, связанных с использованием электронных платежных средств: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2003. – 168 с.
12. Отзыв о проекте Федерального закона о внесении в УК РФ дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iuaj.net/node/1169>.
13. Клепицкий И.А. Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. – 1997. – № 5. – С. 74–83.
14. Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – 572 с.
15. Музика А.А., Азаров Д.С. Законодавство України про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2005. – 120 с.
16. Волженкина В., Строянкова К. К вопросу о квалификации деяний, связанных с подделкой банковских карт // Уголовное право. – 2009. – № 1. – С. 17–20.
17. Хилjuta В. «Компьютерные» хищения // Законность. – 2009. – № 1. – С. 36–38.
18. Безверхов А.Г. Отзыв официального оппонента на диссертацию «Мошенничество в сфере высоких технологий», представленную Медведевым С.С. на соискание ученой степени кандидата юридических наук (специальность 12.00.08) // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 127–132.
19. Хилjuta В.В. Необходимость установления уголовной ответственности за хищения, совершаемые с использованием компьютерной техники // Криминологический журнал БГУЭП. – 2012. – № 1. – С. 26–31.
20. Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.
21. Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью / Науч. ред. В.Н. Бурлаков, Б.В. Волженкин. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – 592 с.
22. Потапенко Н.С. Квалификация преступлений, совершаемых в сфере выпуска и обращения банковских карт: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2006. – 152 с.
23. Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 208 с.
24. Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
25. Ніколаюк С.І., Никифорчук Д.Й., Подгорний О.О., Шутенко С.В., Тимченко Л.Л. Протидія злочинам, що вчиняються з використанням пластикових платіжних карток: наук.-практ. посібник. – К.: КНТ, 2007. – 152 с.
26. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теорет.-приклад. исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – 408 с.

27. Хилjuta В. Носители имущественных прав в системе объектов уголовно-правовой охраны отношений собственности // Уголовное право. – 2007. – № 6. – С. 61–65.
28. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: монографія. – Х.: Право, 2011. – 208 с.
29. Навроцький В.О. Кримінально-правова оцінка заволодіння чужими коштами шляхом використання через банкомат викраденої банківської платіжної картки // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 489–493.
30. Реуцький А.В. Методика розслідування злочинів у сфері виготовлення та обігу платіжних карток: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Х., 2009. – 232 с.
31. Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 10. – С. 38–41.
32. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області у справі № 243/6338/13-к від 2 жовтня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33862471>.
33. Вирок Зарічного районного суду м. Суми у справі № 591/6557/13-к від 9 жовтня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34018299>.
34. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області у справі № 1-321/2011 від 2 березня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13976413>.
35. Вирок Миколаївського районного суду Миколаївської області у справі № 1417/907/12 від 21 червня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24903066>.
36. Вирок Красноперекоського міськрайонного АРК у справі № 110/2673/13-к від 4 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32229125>.
37. Пятиизбянцев Н. Поиск и наказание «карточных» преступников требуют активного участия банков и наработки новой правоприменительной практики // Банковское обозрение – 2005. – № 12.
38. Потапенко Н. О проблемах уголовной ответственности за преступления с использованием банковских карт // Уголовное право. – 2007. – № 4. – С. 55–58.
39. Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2011. – 240 с.
40. Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2006. – 184 с.
41. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
42. Телегина Т.Д. Характеристика мошенничества с использованием высоких технологий // Преступность, уголовная политика, уголовный закон: сб. науч. тр. / под ред. Н.А. Лопашенко. – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2013. – С. 365–370.
43. Яни П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: проблемы разграничения и совокупности // Законность. – 2008. – № 6. – С. 12–16.
44. Ємельянов М.В. Кримінально-правова характеристика шахрайства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2013. – 19 с.
45. Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – с. 23.
46. Берзін П.С. Суб'єктивна сторона шахрайства, що вчиняється з використанням підроблених банківських платіжних карток // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2003. – № 1. – с. 36–41.
47. Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: монографія / наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПРН України В.І. Борисов. – Х.: Право, 2009. – 184 с.
48. Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – 784 с.
49. Энциклопедия уголовного права. Т. 18. Преступления против собственности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – 1018 с.

50. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. і допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с.
51. Яни П.С. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: объективная сторона преступления // Законность. – 2008. – № 4. – С. 14–20.
52. Організація розслідування злочинів, пов'язаних із заволодінням коштами шляхом утручання в роботу банкоматів: метод. рекомендації / Чернявський С.С., Татаров О.Ю., Василичук В.І. та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 88 с.
53. Клепицкий И.А. Имущественные преступления в уголовном праве России и ФРГ // Уголовное право. – 2013. – № 1. – С. 33–41.
54. Новикова А. Законопроект о мошенничестве «расстанется» с кредитованием и компьютерной информацией // РБК daily. – 14.11.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rbcdaily.ru/politics/562949985127305>.
55. Васюков С.В. Предупреждение преступлений, совершаемых в сфере проведения безналичных расчетов, проводимых с использованием банковских карт: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2013. – 33 с.
56. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 1056 с.
57. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
58. Second report on card fraud [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/cardfraudreport201307en.pdf>.

БЕЗГОТІВКОВІ ГРОШІ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ¹

Відомо, що гроші багаті історією свого становлення, в процесі якого вони мали різні форми. Безготівкові гроші з'явилися порівняно недавно, зробивши такий саме переворот, як і поява паперових грошей, що у минулі століття швидко витиснули монети. Бурхливий розвиток комп'ютерної техніки наводить на думку про те, що безготівкові гроші незабаром зовсім можуть замінити готівку. Згідно зі ст. 3 Закону України від 5 квітня 2001 р. «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» кошти існують у готівковій (формі грошових знаків) або безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках). При цьому єдиного розуміння поняття «безготівкові гроші» не існує, а до питань, які не дістали однозначного вирішення у кримінально-правовій науці та які суперечливо вирішуються на практиці, належить, зокрема, кримінально-правова оцінка незаконного заволодіння безготівковими грошима.

Значний внесок у дослідження вказаної проблематики, своєчасність звернення до якої зумовлена зростанням кількості злочинних посягань на безготівкові гроші, зробили такі науковці, як Н.О. Антонюк, О.І. Бойцов, М.П. Бікмурзін, Н.В. Вишнякова, Б.В. Волженкін, Н.О. Лопашенко, П.В. Олійник, О.В. Хабаров, В.В. Хилjuta, А.Ю. Швець та ін. Метою пропонованої статті є аналіз та узагальнення доктринальних підходів щодо розуміння правової природи безготівкових грошей та з'ясування особливостей цих грошей як предмета злочинів проти власності.

Передусім зазначимо, що, описуючи функції грошей, економісти різних шкіл пропонують найрізноманітніші визначення грошей. Це – і середньозважене значення різних засобів платежу, і тимчасове зосередження купівельної сили, і грошовий агрегат, що включає в себе готівку і так звані чекові внески. Тобто економісти не вбачають особливої різниці між готівковими і безготівковими грошима. В економічній теорії також визнано, що гроші є мірою вартості всіх товарів, засобом обміну і платежу, засобом збереження і накопичення. Безготівкові гроші – це така собі віртуальна реальність, облікова інформація. Працюючи з ними, банки, оперують інформаційними потоками про рух грошей; тому безготівкові гроші – це ніщо інше, як інформація про платежі [1, с. 265].

Встановити природу безготівкових грошей намагаються і юристи. Щоправда, їх думки відрізняються від міркувань економістів, які обстоюють тезу про інформаційну природу безготівкових грошей, адже юристи не можуть не зважати на поняття, закріплені у законодавстві (насамперед цивільному). З положень ж останнього однозначно випливає, що безготівкові гроші виступають об'єктом цивільних прав. Залишається, однак, відкритим питання, чим саме – речами або правом вимоги – варто визнавати гроші у безготівковій формі. Аналіз наукових праць цивілістів і фінансистів дозволяє виокремити *три основні концепції (підходи)* щодо розуміння правової природи безготівкових грошей:

1) безготівкові гроші – це особлива форма грошей, що має речово-правову природу. На безготівкові гроші на банківських рахунках, як і на інші речі, поширюється право власності їх власника – клієнта банку. Такі нематеріальні символи грошей, як, наприклад, банківський рахунок, і, відповідно, безготівкові гроші є об'єктами речового права. При внесенні готівки до банку та зарахуванні її на рахунок клієнта відбувається не перехід права власності на грошові знаки від вкладника до банку, а зміна форми грошей з готівкової у безготівкову. Безготівкові гроші визнаються юридичною фікцією готівки, передача якої у власність іншій особі юридично прирівнюється до готівкового обігу. Безготівкові гроші є лише символами, які замінили в цивільному обігу готівку без зміни їх правової природи і без зміни принципів їх регулювання як об'єктів речових прав [2, с. 44–49; 3, с. 68–72; 4, с. 87];

2) безготівкові гроші є правом вимоги клієнта до банку, яке носить зобов'язальний характер. У клієнта немає права власності на передану банку готівку, оскільки відсутня матеріальна річ, за якою це право може набуватися. При здійсненні різних операцій з безготівковими грошима об'єктами таких операцій є не гроші, а право вимоги до банку щодо здійснення операцій і послуг у межах певної грошової суми, у т. ч. видачі цієї суми клієнтові, тобто право на гроші. На банківському рахунку обліковуються не гроші, а вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів; безготівкові гроші на банківських рахунках не є речами, існують у формі записів і становлять собою свідчення зобов'язального права щодо вимоги клієнта до банку, зміст якого розкривається чинним законодавством, а також договором банківського рахунку між банком і клієнтом. Під час безготівкових розрахунків відбувається не рух коштів у чистому вигляді, а рух грошових зобов'язань. Безготівкові гроші розглядаються як таблиця реєстрації боргових зобов'язань у грошовій формі однієї сторони перед іншою. Питання, хто є власником коштів, що знаходяться на рахунку клієнта банку, позбавлене юридичного сенсу, адже ці кошти існують у вигляді не фізично існуючих речей, а записів на рахунках [5, с. 534; 6, с. 138–141; 7, с. 90–100; 8, с. 116–118]. Традиційне уявлення про гроші як про речі у межах наведеного підходу критикується на тій підставі, що матеріальні носії грошей (банкноти, монети) виконують лише облікові функції;

¹ Стаття написана в співавторстві з Ю.А. Дорохіною та опублікована: Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 5. – С. 78–82.

3) безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Ця концепція об'єднує перший і другий підходи, а її прихильники вказують на те, що безготівкові гроші є зобов'язальним правом, яке конструює фікцію речі, внаслідок чого стає можливим застосовувати до цих прав, вважаючи їх речами, режим речового права [9, с. 59; 10, с. 21–30]. З одного боку, безготівкові гроші є зобов'язальним правом (правом вимоги) власника рахунку відносно банку; з іншого (відносно третіх осіб) вони виступають засобом розрахунку.

З'ясована неоднозначність правової природи безготівкових грошей не може не ускладнювати вирішення питань кваліфікації незаконного заволодіння такими грошима. У кримінально-правовій літературі з цього питання висловлено різні точки зору. Так, інколи можна прочитати, що у випадку незаконного переведення безготівкових коштів шкода заподіюється зобов'язальним відносинам, у зв'язку з чим у цьому разі безпідставно застосовувати кримінально-правові норми про відповідальність за злочини проти власності [11, с. 162]. Не сприймаючи викладену позицію по суті, водночас зауважимо, що проблема визначення родового об'єкта злочинів, відповідальність за які передбачено в розділі VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності», існує. Річ у тім, що коло відносин, фактично охоронюваних кримінально-правовими нормами, об'єднаними у цей розділ, не обмежується відносинами власності, а тому його назва, вочевидь, потребує уточнення.

Інші криміналісти, які також є прибічниками концепції зобов'язально-правової природи безготівкових грошей, розглядають їх як право на майно, стверджуючи, що: 1) зобов'язальні права (права вимоги) є майновими правами, відповідно, «правом на майно»; 2) розкрадання безготівкових грошових коштів є неправомірним заволодінням майновими правами зобов'язального характеру; 3) розкрадання є закінченим з моменту зарахування коштів на рахунок винного; 4) шкода заподіюється власникові рахунку [12, с. 21–22; 13, с. 119–120; 14, с. 67]. За такого підходу злочинні посягання на безготівкові кошти можуть розцінюватись як шахрайство і вимагання, адже в диспозиціях ст. 189 і ст. 190 КК України поряд із майном фігурує і право на майно.

Викладене вище положення про визнання кримінально караного заволодіння безготівковими грошима набуттям злочинцем права вимоги (зобов'язального права), яке є правом кредитора вимагати від боржника здійснення певних дій (наприклад, право вимагати від банку перерахування грошових коштів), не виглядає безспірним. У процесі незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній не набуває зазначеного права, оскільки діє поза договірними відносинами і поза законом.

З приводу складнощів, які неминуче виникають у випадку отождествлення права на майно і безготівкових грошей як зобов'язальних прав (прав вимоги), у літературі звертається увага на такі обставини.

По-перше, тлумачення кримінально-правових норм не дозволяє вважати поняття «право на майно» ідентичним цивільно-правовому поняттю «майнові права». Сам факт використання в диспозиціях статей КК двох різних понять – «майно» і «право на майно» – свідчить про те, що під майном законодавець розуміє не право власності, а його об'єкт – речі. Отже, «право на майно» – це право на річ, а не на дії особи.

По-друге, розкрадання безготівкових грошей не можна розглядати як набуття виним зобов'язального права (права вимоги). Суть зобов'язального права була сформульована ще в римському праві і закріплена в ЦК: це – право кредитора вимагати від боржника здійснення певних дій. При укладанні договору банківського внеску у клієнта (власника рахунку) виникає право вимагати від банку перерахування і видачі грошових коштів, що знаходяться на рахунку. Це право підтверджується та оформлюється документально, а списання грошових коштів здійснюється на підставі розрахункових документів. Вочевидь, до моменту перерахування грошових коштів злочинець не набуває права вимоги. У результаті шахрайства при використанні документів злочинець не стає стороною зобов'язання, оскільки протиправне діяння не є підставою для виникнення прав. Він вводить банк в оману щодо наявності у нього зобов'язального права і вимагає від банку списання грошових коштів з рахунку, не маючи жодних гарантій виконання його незаконних вимог. Своєю чергою, розпорядження на перерахування самого власника рахунку є реалізацією його законної вимоги. Проте і після незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній також не набуває зобов'язального права.

По-третє, до моменту виконання банком вимоги злочинця розкрадання не можна вважати закінченим: грошові кошти знаходяться у власності банку, відповідно, у злочинця відсутня реальна можливість розпоряджатися грошовими коштами на свій розсуд або користуватися ними як своїми власними. Визначити момент закінчення розкрадання у цьому випадку стає практично неможливим, тому що безготівкові гроші, які знаходяться на рахунку, носять знеособлений характер, і їх неможливо розділити на викрадені та отримані законним шляхом [15].

У науковій літературі [16, с. 29–37] також наводяться чинники, які вказують на речово-правову природу безготівкових грошей: якщо розглянути деякі зобов'язання, пов'язані з переміщенням коштів, стає зрозуміло, що законодавство визнає безготівкові гроші об'єктом права власності. Так, згідно зі ст. 1046 ЦК України за договором позики позичкодавець передає гроші або інші речі іншій стороні у власність. На сьогодні переважна більшість кредитів видається у безготівковій формі. Виникає питання: що у цьому випадку передається у власність? Більше того: якщо кредит надається банком шляхом перерахування коштів на розрахунковий

рахунок, який відкрито у цьому ж банку, то, виходить, що кошти залишилися у власності банку. Таке тлумачення суперечить законодавчому визначенню договору кредиту (позики), на підставі якого відбувається зміна права власності на безготівкові гроші з моменту зарахування грошей на рахунок одержувача.

Якщо визнати, що безготівкові гроші – це лише зобов'язання, при аналізі розрахункових відносин може виникнути низка інших нелогічностей (зокрема, щодо неможливості банку здійснити безготівковий переказ за відсутності у нього самого коштів на кореспондентському рахунку, щодо можливості стягнення коштів, які помилково надійшли на банківський рахунок будь-якої особи, як безпідставного збагачення) [18, с. 97–101].

Нам імпонує підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Вони є фікцією речі, яка має зобов'язальну природу. Для зручності (потреб кваліфікації злочинів) цілком можливо застосовувати до безготівкових грошей режим речового права, визнаючи їх майном. Як відомо, поняття майна, будучи за своєю юридичною природою міжгалузевим, є однією з визначальних цивілістичних категорій. І вирішальне слово у з'ясуванні цього поняття має належати не криміналістам, а цивілістам.

При цьому з ЦК України випливає, що гроші визнаються різновидом майна. Під річчю розуміють предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179), а під майном як особливим об'єктом цивільних прав та обов'язків – окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ст. 190). Ст. 192 «Гроші (грошові кошти)», не диференціюючи останні на готівкові і безготівкові, розміщена в межах глави 13 «Річ. Майно» розділу III «Об'єкти цивільних прав» чинного ЦК України. Отже, ЦК України однозначно зараховує гроші до майна безвідносно до їх готівкової чи безготівкової форми.

За таких обставин навряд чи заслуговує на підтримку пропозиція М.П. Бікмурзіна безпосередньо в тексті кримінального закону вказати на те, що під майном як предметом злочинів проти власності слід розуміти у т. ч. безготівкові гроші [18, с. 143, 144, 152]. Викладене і так є очевидним з урахуванням наведених положень регулятивного (цивільного) законодавства. Водночас М.П. Бікмурзін має рацію, коли пише, що охоплення поняттям майна безготівкових коштів дозволяє розцінювати злочинні посягання на такі кошти як традиційні злочини проти власності, а отже, КК не потребує якихось нових заборон, розрахованих на вказані посягання. Погоджуємось із науковцем і в тому, що реальна можливість розпорядитись безготівковими грошима виникає у винного з моменту зарахування грошей на його банківський рахунок, а в певних випадках – уже в момент обманного списання грошей з рахунку законного власника на рахунок третьої особи (повернення боргу, оплата товарів чи послуг тощо).

Як слушно зазначає Н.В. Вишнякова, на підставі розкриття цивільно-правової природи безготівкових грошей можливі два варіанти вирішення питання про ці гроші як предмет злочинів проти власності: 1) визнавати готівкові і безготівкові гроші майном, належним особі на праві власності; 2) визнавати готівкові гроші речами, а безготівкові – правом вимоги, що входять до складу майна, належного особі на праві власності. Обидві ці підходи, будучи прийнятними з цивільно-правової точки зору, дозволяють визнавати безготівкові гроші предметом злочинів проти власності [19, с. 14]. До речі, у низці своїх рішень ЄСПЛ роз'яснив, що майном, яке знаходиться у власності, можуть бути як речі, так і права, включаючи права вимоги; безготівкові гроші є майном, що знаходиться у власності [15].

Близьким до висловлювання Н.В. Вишнякової є така думка. Якщо ігнорувати архаїчну догматику і суворо керуватись текстом кримінального закону, слід виходити з того, що у кримінально-правовій нормі про крадіжку говориться не лише про речі, а про будь-яке майно, а отже, і про грошові кошти на рахунку як об'єкт зобов'язальних прав і права на майно [20]. Про безготівкові гроші як різновид майна, належного власнику банківського рахунку, а отже, про предмет злочинів проти власності ведуть мову й інші дослідники [21, с. 174; 22, с. 91; 23, с. 138–141; 24, с. 573–574; 25, с. 12–13].

Показовими у зв'язку з цим є міркування Н.О. Антонюк, яка зазначає, що: безготівкові гроші є юридичною фікцією, зобов'язанням, що показує рух грошей і полягає в обов'язку банку виплатити гроші певному клієнту (перерахувати їх); кримінально-правова охорона безготівкових грошей повинна бути тотожною кримінально-правовій охороні готівкових грошей як різновиду речей [27, с. 131–134].

Чимало інших науковців [27, с. 175–176; 28, с. 76–80] є прибічниками подібної позиції, яку, треба так розуміти, є підстави визнати компромісною. Стверджується, що гроші завжди залишаються грошима, а безготівковість – лише форма їх існування. Не можна не відзначити дуалізм природи безготівкових грошей – втілення у них речового та зобов'язального права (з одного боку, це вимога кредитора до боржника, з іншого – ця вимога відділяється від договору, що її породив, а майно, що утворилося, є залученим капіталом для банку – об'єктом права власності). Банк, який придбаває право власності на зараховані на відповідний рахунок кошти, перебуває стосовно зовнішнього світу приблизно у такій же ситуації, що і традиційний власник. Якщо на рахунок злочинця (або іншої особи) зараховані безготівкові гроші, у нього з'являється реальне право користуватися цими коштами на свій розсуд (наприклад, особа може перевести їх у готівку, перерахувати на рахунок іншої особи). Злочинець набуває право на майно, тобто на самі гроші, які і складають предмет зобов'язальної вимоги до банку.

З огляду на сказане, слід підтримати пануючу наразі в літературі позицію, відповідно до якої: кваліфікація посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом злочину при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків; незаконне посягання на безготівкові гроші треба розцінювати як заволодіння чужим майном у той чи інший спосіб, визначений у КК України.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що цивільно-правове поняття майна включає в себе і безготівкові кошти, а отже, вирішувати це питання у законодавчому порядку (у т. ч. шляхом внесення змін до КК України) непотрібно. Питання про переважно речовий або зобов'язально-правовий характер безготівкових грошей як різновиду майна для вирішення проблем, пов'язаних із кваліфікацією злочинних посягань на такі гроші, не є принциповим. В аспекті визнання безготівкових грошей предметом злочинів проти власності конструктивним слід визнати компромісний підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану (речово-зобов'язальну) природу. Проблематика предмета злочинів проти власності продовжує зберігати свою актуальність і особливо під кутом визначення перспектив заміни розробленої ще в радянський період концепції злочинів проти власності концепцією майнових злочинів.

1. Макконнелл К.Р., Брю С.Л. Экономикс: Принципы, проблемы и политика: В 2 т.: Пер. с англ. 13-го изд.: Учеб. – Т. 1. – М., 2001. – 974 с.
2. Ефимова Л.Г. Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право. – 1997. – № 2. – С. 44–49.
3. Тараканов С. Информационная природа безналичных денег // Хозяйство и право. – 1998. – № 9. – С. 68–72.
4. Демушкина Е. Безналичные ценные бумаги – фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 18. – С. 87–93.
5. Гражданское право. В 2-х т. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. проф. Суханов Е.А. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – 642 с.
6. Курбатов А. Ответственность банков за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды. – Хозяйство и право. – 1996. – № 4. – С. 138–141.
7. Новоселова Л. А. О правовой природе средств на банковских счетах // Хозяйство и право. – 1996. – № 8. – С. 90–100.
8. Гетманцев Д.О., Шукліна Н.Г. Банківське право України: навч. посіб. – К., 2007. – 344 с.
9. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – 5-е изд., перераб. – М., 2010. – 893 с.
10. Пауль А.Г. Финансово-правовое регулирование правоотношений собственности // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 21–30.
11. Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.
12. Волженкин Б.В. Мошенничество. – СПб., 1998. – 36 с.
13. Векленко В.В. Квалификация хищений чужого имущества: дис. ... д-ра юрид. наук. – Омск, 2001. – 375 с.
14. Герасимова Е.Л. Предмет хищения в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – 194 с.
15. Тарасов А.А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.zonazakona.ru/law/comments/334>.
16. Хабаров А.В. Преступления против собственности: влияние гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1999. – 213 с.
17. Ефимова Л.Г. Правовые аспекты безналичных денег. – Закон. – 1997. – № 1. – С. 97–101.
18. Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ. – М., 2006. – 184 с.
19. Вишнякова Н.В. Объект и предмет преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2003. – 27 с.
20. Отзыв о проекте Федерального закона о внесении в УК РФ дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iaaj.net/node/1169>.
21. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. – М., 2005. – 408 с.

22. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: монографія. – Х., 2011. – 208 с.
23. Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 240 с.
24. Яни П.С. Очерк 16. Проблемы квалификации хищений // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / под ред. В.В. Лунеева. – М., 2010. – С. 570–623.
25. Имущественные преступления: учеб. пособие / под ред. В.И. Тюнина. – СПб., 2102. – 115 с.
26. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів, 2012. – 514 с.
27. Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб., 2002. – 775 с.
28. Хилута В. В. Безналичные денежные средства как предмет хищения // АНО «Юридические программы». – М., 2009. – С. 76–80.

ДО ПИТАННЯ ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 190 І СТ. 191 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ¹

Належність заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем до числа корупційних злочинів і, відповідно, можливість настання для службової особи, яка вчинила цей традиційний для вітчизняного кримінального права злочин проти власності, специфічних негативних наслідків, встановлених законодавцем для корупціонерів, актуалізує розкриття дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 Кримінального кодексу України (далі – КК). Одним із таких аспектів є відмежування складу цього злочину від шахрайства у випадку, коли службова особа заволодіває чужим майном, використовуючи не лише своє службове становище, а й обман.

У вітчизняній юридичній літературі [1, с. 536; 2, с. 217; 3, с. 357; 4, с. 264–266] розповсюдженою є точка зору, згідно з якою шахрайство, вчинене службовою особою, якщо вона з метою обману чи зловживання довірою зловживала службовим становищем, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 190 і ст. 364 КК. У судовій практиці розглядуване питання кваліфікації нерідко постає в зв'язку з необхідністю давати належну кримінально-правову оцінку випадкам безпідставного отримання з бюджету відшкодування ПДВ. У фактичному заволодінні коштами державного бюджету в ситуації, коли кошти надійшли на банківський рахунок платника ПДВ, мною зазвичай вбачались ознаки складу злочину «шахрайство». Я виходив з того, що: по-перше, предметом посягання в цьому разі виступають кошти, які на момент вчинення злочину вже перебувають у державній власності та які шляхом введення в обман уповноважених державних органів протиправно, безоплатно і назавжди вилучаються з бюджету; по-друге, на кваліфікацію вчиненого впливає особа правопорушника; відповідно, з урахуванням викладеної вище доктринальної позиції вчинювані службовою особою обманні зловживання з ПДВ пропонувалось кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 КК [5, с. 381–385]. А.Г. Грицюк, який здійснив монографічне дослідження кримінально-правових аспектів незаконного відшкодування ПДВ, також зазначав, що діяння особи, яка безоплатно заволоділа державним майном, звернувшись за відшкодуванням ПДВ і повідомивши при цьому неправдиві відомості, слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 190 КК як шахрайство. Стверджувалось, що обман при незаконному відшкодуванні ПДВ полягає в спотворенні істини щодо юридично значущих обставин, сукупність яких у тому вигляді, якого йому намагається надати шахрай, зобов'язує державні органи (податкову службу, суд, казначейство) передати платнику податків державне майно (здійснити відшкодування) [6, с. 196–197].

Варто, однак, відзначити, що в судовій практиці вчинювані службовими особами розкрадання державних коштів під виглядом відшкодування з бюджету ПДВ діставали різну кримінально-правову оцінку, у зв'язку з чим проблемою розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, врешті-решт був вимушений зайнятися Верховний Суд України (далі – ВСУ).

Так, вироком Печерського районного суду м. Києва від 21 травня 2012 р. Б. було засуджено, зокрема, за ч. 5 ст. 191 КК за те, що він як засновник і директор ПП «Гермес сервіс груп» у складі організованої групи заволодів державними грошовими коштами на загальну суму 4 млн. 900 тис. грн. Спосіб заволодіння коштами полягав у тому, що учасники групи уклали удавані правочини про придбання згаданим ПП морально застарілих електронних приладів, нібито модифікували ці засоби для їхнього подальшого експорту за межі України за нульовою ставкою ПДВ, відобразили у фінансових документах проведення експортної операції й одержання від нерезидента оплати за поставлені електронні прилади, задекларували ці операції в податкових документах і пред'явили останні для відшкодування з бюджету нібито сплачених раніше сум ПДВ. Перераховані з бюджету державні кошти на рахунки ПП «Гермес сервіс груп» злочинці перевели в готівку і заволоділи ними.

У заяві, адресованій до ВСУ, в якій ставилось питання про скасування винесених щодо Б. судових рішень, засуджений та його захисник стверджували про відсутність у діях Б. складу злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, і, зокрема, такої його ознаки, як зловживання службовим становищем. В обґрунтування тези про існуючу неоднаковість у правозастосуванні заявники послались на ухвалу колегії суддів ВСУ від 12 листопада 2009 р.: у кримінальній справі, в якій було винесено цю ухвалу, за подібних обставин касаційний суд не погодився з кваліфікацією дій директора одного ТзОВ за ч. 5 ст. 191 КК і, вважаючи, що мало місце заволодіння чужим майном шляхом обману, а не зловживання службовим становищем, кваліфікував дії вказаної службової особи за ч. 4 ст. 190 КК (із посиланням на ч. 2 ст. 15 КК, оскільки отримати з бюджету кошти під виглядом відшкодування ПДВ винному не вдалося).

У винесеній 14 листопада 2013 р. у справі Б. постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ (справа № 5-30кс13) із питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, сформульована

¹ Стаття опублікована: Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 101–106.

інша (порівняно з відображеною в ухвалі колегії суддів ВСУ від 12 листопада 2009 р.) правова позиція. Її суть полягає в тому, що визначальна ознака, яка відокремлює (відмежовує) такий злочин проти власності, як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, від інших форм посягання на чужу власність, полягає в тому, що безоплатне одержання чужого майна на користь винної особи чи на користь іншої особи (осіб) відбувається через умисне протиправне використання можливостей службового становища. Майно, на яке спрямована карана за ст. 191 КК поведінка службової особи, може мати різну правову природу. Зокрема, не виключається можливість заволодіння майном, на яке не поширюється компетенція службової особи або яке їй не ввірене і не перебуває в її віданні, включаючи майно, що перебуває в державній власності. Злочинне використання службового становища може виражатися у формі рішень, вказівок чи іншої спонукальної інформації. Як правило, ці рішення формуються завуальовано (приховано) від осіб (фізичних чи юридичних), які наділені правомочностями щодо майна, на яке спрямована протиправна поведінка винної особи. Ці особи під впливом таких рішень або вказівок не знають (можуть не знати) дійсної природи дій і фактично піддаються обману, внаслідок якого відбувається перехід майна на користь службової особи. Така форма обману ніби уподібнює його з обманом (дезінформацією), до якого вдаються винні особи під час заволодіння чужим майном шахрайським способом. Проте обман, який застосовується при викраденні чужого майна шляхом використання службового становища, має свої особливі ознаки, які відрізняють його від обману при шахрайстві. Йдеться про те, що в першому випадку в основі обману (дезінформації), до якої вдається винна особа, завжди перебуває протиправне використання нею свого службового становища; без застосування можливостей службового становища обман є недовірним і нездійсненним. Цей обман є різновидом обману, який через його підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки був криміналізований в окремому форму злочинів проти власності. У другому ж випадку заволодіння майном можливе без протиправного використання службового становища.

Екстраполюючи викладену правову позицію на фактичні обставини, встановлені в межах конкретного кримінального провадження, ВСУ вирішив, що характер, послідовність і сукупність дій засудженого Б. як службової особи – директора ПП «Гермес сервіс груп» створили ті умови й обстановку, за яких державні кошти безоплатно опинилися в нього та його співників. Тобто в цьому випадку використання Б. свого службового становища було тією необхідною дією, що перебуває в причинному зв'язку з наслідком. Відповідно, злочинні дії Б за ч. 5 ст. 191 КК кваліфіковано правильно, а в задоволенні заяви засудженого Б. та його захисника про скасування судових рішень слід відмовити.

Треба відзначити, що ВСУ висловлюється за інкримінування ст. 191 КК, а не ст. 190 КК за наявності обману в діях тих службових осіб, які заволодівають чужим майном, і в інших своїх рішеннях. Наприклад, постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-39кц13 підтверджено правильність засудження за ч. 5 ст. 191 КК службової особи, яка, знаючи про те, що адміністративний будинок з господарськими приміщеннями належить територіальній громаді, використала своє службове становище директора організації і шляхом службового підроблення оформила право власності на будівлі за фіктивно створеним ТОВ, одним із власників якого вона була.

Таким чином, з урахуванням викладеної правової позиції ВСУ службова особа, яка заволодіває чужим майном шляхом зловживання своїм службовим становищем і використання поєданого з останнім обману, має нести відповідальність не за ст. 190, а за ст. 191 КК. Не можна, однак, сказати, що такий підхід до розмежування передбачених цими статтями складів злочинів проти власності є чимось новим для кримінального права – зокрема, він застосовувався в період чинності КК 1960 р. Так, П.С. Матишевський, аналізуючи ст. 84 цього Кодексу «Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрата або зловживання посадовим становищем» (аналог ст. 191 чинного КК), писав, що найчастіше зловживання службовим становищем як форма розкрадання майна виражається в різноманітних обманних діях. При цьому обман як спосіб зловживання службовим становищем, на відміну від обману при шахрайстві, вчиняється завдяки особливому становищу винного – наявності в нього за посадою права розпоряджатися чужим майном або службових можливостей, здатних спонукати представників інших організацій до передачі їхнього майна [7, с. 88]. Однозначно висловлювався з цього приводу В.П. Діденко, стверджуючи, що за ст. 84 КК 1960 р. треба кваліфікувати дії службових осіб, які заволодівають майном шляхом обману або зловживання довірою з використанням свого службового становища [8, с. 26]. Зверну увагу на те, що і після набрання чинності КК 2001 р. науковці не сумніваються в необхідності інкримінування не ст. 190, а ст. 191 КК, наприклад, у тих випадках, коли службова особа незаконно заволодіває чужим майном за фіктивними документами, зокрема, під виглядом пенсій, надбавок до зарплати, матеріальної допомоги тощо [2, с. 219; 9, с. 32–33], тобто фактично за наявності поєданого з обманом заволодіння чужим майном. Додам, що диспозицією ч. 2 ст. 191 КК охоплюються і не поєдані з використанням обману посягання на чужу власність.

Отже, сформульована ВСУ правова позиція щодо розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, в основу якої покладено тезу про специфічну і водночас підпорядковану (щодо зловживання службовим становищем) роль обману, використаного службовою особою для заволодіння чужим майном,

узгоджується з традиційними підходами щодо кваліфікації злочинів проти власності. Проте якщо це так, то чим тоді можна пояснити появу в частині науково-практичних коментарів чинного КК положення про кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 КК, заволодіння чужим майном, вчиненого службовою особою, якщо вона з метою обману чи зловживання довірою зловживає службовим становищем? Відповідь на це питання, на мій погляд, треба шукати в некритичному відтворенні позиції, яка сформувалась у доктрині і судовій практиці (абз. 3 п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності») у період чинності попереднього КК, у главі V Особливої частини якого «Злочини проти індивідуальної власності громадян» аналог ст. 84 КК був відсутній; відповідно, суб'єктом шахрайства як злочину проти приватної власності (ст. 143 КК 1960 р.) цілком могла виступати службова особа, яка діяла з використанням свого службового становища.

Законодавчий підхід до урахування поєднання обману і зловживання службовим становищем при описанні складів злочинів проти власності може бути різним. Наприклад, згідно зі ст. 159 КК РФ використання особою свого службового становища визнається особливо кваліфікуючою ознакою шахрайства. Відповідно, як слушно зауважує О.І. Бойцов, будь-яке заволодіння чужим майном шляхом обману незалежно від статусу шахрая (приватна чи службова особа) має розцінюватись як шахрайство, а статус «шахрая від влади» слугує лише обставиною, що обтяжує відповідальність за цей злочин [10, с. 639]. Тому, до речі, саме як шахрайство розцінюються в РФ дії осіб, винних у незаконному відшкодуванні ПДВ, зокрема, за експортними операціями.

В Україні ж законодавець інакше підійшов до розв'язання аналізованої кримінально-правової проблеми. Збереження в чинному КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як самостійної форми розкрадання майна (за всієї умовності цього терміну) і, крім цього, поширення сфери дії відповідної кримінально-правової заборони на всі форми власності унеможливорює, по-перше, визнання суб'єктом шахрайства службової особи (вона за посягання на власність, поєднані з одночасним використанням свого службового становища й обману, має нести відповідальність за ст. 191 КК) і, по-друге, сприйняття «морально застарілого» положення про кваліфікацію відповідних дій службової особи за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 (364-1) КК.

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична Україна, 2012. – 1316 с.
2. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.
4. Анісімов Г.М. Особливості кваліфікації злочинів, що вчиняються шляхом зловживання службовим становищем / Г.М. Анісімов // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 2. – С. 250–268.
5. Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: монографія / О.О. Дудоров. – К.: Істина, 2006. – 648 с.
6. Грицюк А.Г. Незаконне відшкодування податку на додану вартість: кримінально-правові аспекти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Грицюк Андрій Григорович. – Луганськ, 2012. – 259 с.
7. Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления / П.С. Матышевский. – К.: Юринком, 1996. – 240 с.
8. Диденко В.П. Квалификация хищений государственного или общественного имущества путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением: учеб. пособие / В.П. Диденко. – К.: Украинская академия внутренних дел, 1992. – 80 с.
9. Дорош Л.В. Щодо ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність за привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем / Л.В. Дорош // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наук. праць. Вип. 16 / Ред. кол.: Ю.В. Баулін (голов. ред.) та ін. – Х.: Вид-во «Кроссрод», 2008. – Вип 16. – С. 27–35.
10. Бойцов А.И. Преступления против собственности / А.И. Бойцов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.

САМОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ТА САМОВІЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО (СТ. 197-1 КК УКРАЇНИ): ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА¹

Ст. 14 Конституції України проголосила землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. В Основному Законі закріплено також положення про те, що право власності на землю гарантується; воно набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Реалізація цих конституційних положень значною мірою залежить від здатності держави створити належний механізм протидії земельним правопорушенням. Ураховуючи те, що земельне законодавство не містить та і не повинне містити усього арсеналу заходів, покликаних впливати на суб'єктів земельних правопорушень, у переважній своїй більшості заходи боротьби з порушниками земельного законодавства знаходять своє відображення у нормах адміністративного та кримінального законодавства. Важливе місце в системі таких заборонних норм займає ст. 197-1 КК України, яка включена до цього Кодексу у 2007 р. з метою більш ефективного захисту прав на землю та якою передбачається відповідальність за вчинення найбільш поширеного різновиду порушень земельного законодавства, що посягають на права на землю, – за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво на них.

Утім, сьогодні, більше ніж сім років потому, можемо констатувати, що дієвість розглядуваної кримінально-правової заборони є нижчою за очікувану при її прийнятті. Разючою є підстави вважати невідповідність між кількістю випадків самовільного зайняття земельних ділянок, які щорічно виявляються відповідними контролюючими відомствами, і кількістю порушників земельного законодавства, до яких застосовується ст. 197-1 КК України. Доволі красномовно ілюструє «ефективність» цієї статті КК як важливої складової механізму протидії порушенням прав на землю статистична інформація: виявляється, що у 2012 р. кримінально караними стало менше 1 % випадків самовільного зайняття земельних ділянок [1, с. 31], а протягом 2013 р. на підставі різних частин ст. 197-1 КК України було засуджено всього 27 осіб.

Не в останню чергу цей факт пояснюється недосконалістю законодавчого описання ознак досліджуваного складу злочину, що зумовлює численні труднощі при кваліфікації відповідних посягань. У цій статті ми спробуємо дати відповіді на деякі, найбільш суперечливі, з нашої точки зору, питання, що можуть виникати при кваліфікації злочину, передбаченого ст. 197-1 КК України, а також запропонуємо шляхи вдосконалення законодавства, реалізація яких, сподіваємось, допоможе уникнути подібних проблем у майбутньому.

1. Чи може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 197-1 КК України самовільне зайняття декількох земельних ділянок або їх частин, які належать різним власникам (законним володільцям), за умови, що кожному з них окремо завдана шкода, недостатня для визнання самовільного зайняття земельної ділянки злочином, але в сукупності розмір цієї шкоди є достатнім для кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 197-1 КК України?

Поставлене питання є першим із низки дискусійних питань, які чинна редакція ст. 197-1 КК України ставить перед кримінально-правовою наукою і правозастосовною практикою в контексті розкриття предмета злочину, і пов'язане це використанням у тексті аналізованої кримінально-правової заборони формулювання «самовільне зайняття земельної ділянки, яким завдано значної шкоди її законному володільцю або власнику». На сторінках юридичної літератури резонно зазначається, що позначена проблема виникає через те, що «з точки зору буквального тлумачення ч. 1 ст. 197-1 КК наявна прив'язка земельної ділянки до конкретного володільця чи власника. І якщо винна особа зайняла невеличкі земельні площі кількох десятків осіб, але не зайняла хоч однієї земельної ділянки, «достатньої для злочину», то діяння особи не є злочином» [2, с. 44]. Звернемось до матеріалів судової практики.

Верхньодніпровським районним судом Дніпропетровської області винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, було визнано К. Суд встановив, що К. у період з 20 вересня 2009 р. по 3 вересня 2010 р. самовільно зайняв земельні ділянки, які перебували у власності п'ятнадцяти різних громадян, у результаті чого законним власникам земельних ділянок у сукупності було спричинено шкоду на загальну суму 63 799 грн. [3].

Тобто в середньому кожному з п'ятнадцяти потерпілих було завдано шкоду в розмірі не більше 4–5 тис. грн.

Килійським районним судом Одеської області було встановлено, що Т. самовільно зайняв земельні ділянки, які перебували у власності двадцяти чотирьох громадян. Кожному з них була завдана шкода у розмірі від 1 191 грн. до 6 458 грн., а загальний розмір шкоди, завданої самовільним зайняттям земельних ділянок, склав 59 526 грн. Суд кваліфікував дії Т. як злочин, передбачений ч. 1 ст. 197-1 КК України [4].

Як бачимо, у двох наведених ситуаціях жодному власнику самовільно зайнятої земельної ділянки не було завдано шкоди, вказаної в примітці ст. 197-1 КК України, як необхідної умови настання кримінальної відпові-

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 3. – С. 123–159.

дальності за самовільне зайняття земельної ділянки. Тому, як це не парадоксально звучить, суди, керуючись буквальною тлумаченням кримінального закону, повинні були б, на нашу думку, констатувати відсутність складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, та виносити виправдувальні вирок.

З огляду на сказане, правильним слід визнати рішення Широківського районного суду Дніпропетровської області, винесене ним у 2008 р., яким було встановлено, що П. самовільно зайняв земельні ділянки, належні на праві приватної власності семи громадянам, що спричинило шкоду на суму 35 341 грн. На підставі цього органами досудового слідства дії П. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 197-1 КК України. Проте суд, дослідивши матеріали кримінальної справи та зіставивши їх з положеннями кримінального закону, вказав, що предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, може виступати лише конкретна земельна ділянка. Як впливає з аналізу ч. 1 ст. 197-1 КК України, злочинне діяння буде мати місце тільки у випадках спричинення шкоди самовільним захопленням однієї конкретної земельної ділянки. У випадку із П. йому пред'явлено обвинувачення у спричиненні значної шкоди, хоча лише за умови складання суми шкода за самовільне зайняття усіх семи окремих земельних ділянок може вважатись значною. А за кожною земельною ділянкою, виходячи із суми шкоди, на яку посилається сторона обвинувачення, жодному з потерпілих значна шкода не спричинена. У результаті суд, керуючись буквальною тлумаченням кримінального закону, виніс виправдувальний вирок через відсутність у діях П. складу злочину [5].

2. Чи можуть бути потерпілими від злочину, передбаченого ст. 197-1 КК України, власники (орендарі) земельних часток (паїв)?

Це питання виникає через використання в диспозиції ч. 1 ст. 197-1 КК України словосполучення «земельної ділянки». Проведений нами аналіз практики застосування ст. 197-1 КК України свідчить, що суди фактично не звертають уваги на цю проблему і не зважають на ту обставину, що поняття «земельна ділянка» та «земельна частка (пай)» є принципово різними.

Так, у вирокі Збаразького районного суду Тернопільської області зазначається, що Ш. без укладання договорів оренди із законними володільцями дав вказівку самовільно засіяти земельні частки (паї). На підставі цього Ш. був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України [6]. Покровський районний суд Дніпропетровської області взагалі ототожнив поняття «земельна ділянка» та «земельна частка (пай)», використавши формулювання «згідно нормативної грошової оцінки земельної ділянки (паю)» [7]. Подібне ототожнення допустив і Марківський районний суд Луганської області, засуджуючи головного економіста ТОВ «Фрунзе» Б., зокрема, за ч. 1 ст. 197-1 КК України. У постанові суду неодноразово використовується словосполучення «земельна ділянка (пай)» [8].

На наше переконання, такий підхід правозастосувача є неправильним. На відміну від понять «земля» та «земельна ділянка», поняття «земельна частка (пай)» не визначено на законодавчому рівні. Земельний кодекс (далі – ЗК) України від 18 грудня 1990 р. (у редакції від 13 березня 1992 р.) передбачав, що кожний член колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства у разі виходу з нього має право одержати свою частку землі в натурі (на місцевості). При обчисленні розміру середньої земельної частки враховувались сільськогосподарські угіддя (у т. ч. рілля), якими користуються підприємства, установи, організації та громадяни у межах території тієї чи іншої Ради, крім тих підприємств, установ і організацій, землі яких не підлягали приватизації. Загальний розмір обчисленої площі поділявся на кількість осіб, які працюють у сільському господарстві, пенсіонерів, які раніше працювали у сільському господарстві і проживають у сільській місцевості, а також осіб, зайнятих у соціальній сфері на селі. Відповідно до Указу Президента України від 10 листопада 1994 р. № 666/94 «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» кожному члену підприємства, кооперативу, товариства мав видаватись сертифікат на право приватної власності на земельну частку (пай) із зазначенням у ньому розміру частки (паю) в умовних кадастрових гектарах, а також у вартісному виразі. Встановлювалось також, що право на земельну частку (пай) може бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави. Право на земельну частку (пай) згідно з п. 17 Перехідних положень ЗК України посвідчується відповідними земельними сертифікатами, які є дійсними до виділення власникам земельних часток (паїв) у натурі (на місцевості) земельних ділянок та видачі їм державних актів на право власності на землю.

Провідні вітчизняні фахівці в галузі земельного права на підставі аналізу нормативних актів, в яких згадується словосполучення «земельна частка (пай)», вказують, що земельна частка (пай) – це оцінена в грошовому вираженні та визначена в умовних кадастрових гектарах частина переданих у колективну власність сільськогосподарських угідь недержавного сільськогосподарського підприємства, яка визначає рівновелику частку участі члена підприємства в земельному пайовому фонді господарства і може бути в установленому чинним законодавством порядку витребувана в натурі (на місцевості) у самостійну земельну ділянку [8, с. 104]. Як зазначає П.Ф. Кулинич, на відміну від земельної ділянки, яка має чітко визначені межі і розмір у фізичних гектарах, місцезнаходження та межі земельної частки (паю) є невизначеними; громадянин,

якому надана земельна частка (пай), не знає точного місця розташування на полях сільськогосподарського підприємства [9, с. 79]. Подібним чином розмірковує О.А. Вівчаренко, на думку якого, земельний пай – це не конкретна земельна ділянка, а лише право на отримання земельної ділянки в натурі, яке може бути ніколи і не реалізоване. Сертифікат на земельну частку не посвідчує права власності на конкретну земельну ділянку й означає лише цифри на папері, які підтверджують право на отримання земельної ділянки у визначеному законом розмірі при виході з підприємства [10, с. 63–64].

Тому і визначити потерпілого у випадках самовільного зайняття земельного масиву, поділеного на земельні частки (паї), проблематично. Власники (орендарі) земельних часток (паїв) навряд чи можуть бути визнані потерпілими від злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, оскільки, як це впливає з буквального тлумачення диспозиції цієї кримінально-правової норми, такими потерпілими можуть бути визнані лише власники (законні володільці) *земельних ділянок*. Ототожнювати право на земельну частку (пай) із правом на частку в спільній частковій власності на земельну ділянку (ст. 87 ЗК України) немає підстав, адже, як правильно відмічає А.М. Мірошниченко, суб'єкти права не мають можливості володіти, користуватися та розпоряджатися ні тією земельною ділянкою, що припадає на їхню частку, ні (разом) всім масивом земель, переданих свого часу в колективну власність [11, с. 312].

Із сказаного випливає, що в окресленій ситуації потерпілим від злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, може бути визнаний лише суб'єкт, якому відповідна земельна ділянка, поділена на земельні частки (паї), належить на праві колективної власності, яке й досі діє в Україні, незважаючи на те, що в ЗК України про право колективної власності не згадується. Але і тут виникає проблема. Річ у тім, що більшість таких суб'єктів на сьогодні ліквідовано, а на законодавчому рівні проблема правонаступництва ліквідованих суб'єктів права колективної власності не знайшла чіткого вирішення.

Розмірковуючи над питанням належності таких земельних ділянок, П.Ф. Кулинич зазначає, що після ліквідації суб'єктів права колективної власності на землю земельна ділянка не переходить до державної власності, а залишається «нічийною» [12, с. 15–20]. Інший погляд на вказану проблему має А.М. Мірошниченко, на думку якого у випадку ліквідації КСП (або іншого суб'єкта права колективної власності) з урахуванням формальних положень закону право власності на земельну ділянку колишньої колективної власності переходить у власність держави [11, с. 312]. Видається, що позиція А.М. Мірошниченка є більш переконливою і такою, що спирається на положення ч. 1 ст. 84 ЗК України, в якій йдеться про те, що в державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності.

3. Як кваліфікувати дії, пов'язані з виходом власника (користувача) земельної ділянки за межі земельної ділянки, яка йому належить?

Вважаємо, що самовільне зайняття земельної ділянки має місце і в тому випадку, коли власник або законний володільць земельної ділянки самовільно змінює її межі, приєднуючи частину суміжних земель до своєї ділянки. Щоправда, у такій ситуації винний займає не земельну ділянку, як цього прямо (формально) вимагає кримінальний закон, а лише її частину. Тобто, констатуємо наявність складу аналізованого злочину в цьому випадку, ми виходимо із ствердної відповіді на питання, чи може бути визнана частина земельної ділянки предметом злочину, передбаченого ч. 1 (ч. 3) ст. 197-1 КК України. Так само вважає О.Ю. Дрозд, стверджуючи, що незаконне фактичне використання особою частини земельної ділянки, за наявності інших обов'язкових ознак, має кваліфікуватись як адміністративний проступок, передбачений ст. 53-1 КУпАП, або як злочин, передбачений ст. 197-1 КК України [13, с. 126].

Тут доречно нагадати, що в листі Державного комітету України по земельних ресурсах від 22 серпня 2003 р. № 268 «Щодо застосування ст. 53-1 КУпАП» зазначалось: якщо землекористувач самовільно змінив межі земельної ділянки, захопивши частину суміжних до своєї ділянки земель, його дії необхідно кваліфікувати як самовільне зайняття земельної ділянки та застосовувати відповідні заходи адміністративного впливу.

Отже, як впливає з вказаного вище, використання у тексті ст. 197-1 КК України вдалого, на перший погляд, терміну «земельна ділянка» і «прив'язування» земельної ділянки до конкретного власника чи законного володільця, ставить низку питань, однозначну відповідь на які не може дати теорія ні кримінального, ні земельного права.

Тому нам складно погодитись із В.М. Захрчуком, який не вважає за потрібне змінювати диспозицію ч. 1 ст. 197-1 КК України, не вбачаючи тут особливих проблем: «Аналіз судових рішень ... підтверджує те, що суди при розгляді справ про самовільне зайняття земельної ділянки розглядають предмет цього злочину як частину земної поверхні в межах її фактичного використання. При цьому не має значення, чи є така ділянка цілісною, чи тільки частиною іншої земельної ділянки, або складається з кількох земельних ділянок. Тобто під предметом досліджуваного злочину слід розуміти конкретну земельну ділянку (або кілька земельних ділянок) у тих межах, в яких вона самовільно зайнята і фактично використовується» [1, с. 67]. Цікаво, що жодного показового прикладу із судової практики, який би підтверджував справедливості свого висловлювання, В.М. Захрчук у своїй кваліфікаційній роботі не наводить. Переконані у тому, що не можна нехтувати законодавчими ознаками

поняття земельної ділянки і писати, що «не має значення, чи є така ділянка цілісною, чи тільки частиною іншої земельної ділянки, або складається з кількох земельних ділянок».

В юридичній літературі простежуються два основні шляхи вирішення всіх трьох означених нами вище проблем, пов'язаних із визначенням предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України.

Перший із них полягає в пропозиції безпосередньо в диспозиції цієї кримінально-правової норми передбачити можливість незаконного зайняття всієї або частини земельної ділянки [14, с. 28; 15, с. 297].

Свого часу один із співавторів цієї статті писав про альтернативну вказівку в тексті ст. 197-1 КК на частину земельної ділянки як про юридично коректне вирішення проблеми кримінально-правової оцінки проти-правного приєднання винною особою частини суміжних земель до своєї ділянки (див.: Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. – С. 114). Як аргумент на користь такого варіанту вдосконалення КК України можна навести формулювання, закріплене в ст. 3 Закону України від 17 листопада 2009 р. «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності». Тут говориться про те, що об'єктом відчуження є, зокрема, земельна ділянка (її частина).

Позиція прихильників першого варіанту вдосконалення КК України виглядає достатньо привабливою, адже вказівка в диспозиції ч. 1 ст. 197-1 КК України на незаконне зайняття всієї або частини земельної ділянки дозволить чітко усвідомлювати, що будь-яке незаконне приєднання сусідньої земельної ділянки незалежно від того, зайнята вона повністю або частково, кваліфікуватиметься за наявності значної шкоди за ч. 1 ст. 197-1 КК України. Щоправда, при цьому залишиться невирішеною проблема кваліфікації випадків самовільного зайняття кількох земельних ділянок (їх частин), які належать різним власникам чи законним володільцям, якщо кожному з них завдана шкода, недостатня для визнання самовільного зайняття земельної ділянки злочинном, але в сукупності розмір цієї шкоди є достатнім для кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 197-1 КК України.

Інший шлях вирішення розглядуваних проблем полягає в заміні звороту «земельна ділянка» термінами «земельна площа» або «земля». Так, В.А. Бублейник та А.І. Терещенко пропонують: позначити предмет злочину не як «земельну ділянку», а як «землю»; у примітці до ст. 197-1 КК України визначити, що під землею необхідно розуміти частину поверхні землі з урахуванням фізичного місця розташування незаконного захоплення (у випадку використання землі для сільськогосподарських потреб – фактичного використання для таких потреб) [16, с. 226]. Зазначимо, що пропозиції науковців були спрямовані на вирішення лише проблеми кваліфікації зайняття частини земельної ділянки. Проблема заподіяння шкоди власникам (законним володільцям) декількох земельних ділянок у контексті кримінально-правової оцінки такої поведінки названими авторами не досліджувалась.

Подібним чином розмірковує Д.В. Дударець, який пропонує, по-перше, внести зміни до ст. 197-1 КК, включивши з неї згадування про володільця чи власника земельної ділянки, по-друге, замість формулювання «земельна ділянка» використати словосполучення «земельна площа» або ж, не ціпаючи формулювання «земельна ділянка», дати визначення земельної ділянки щодо ст. 197-1 КК України у примітці до цієї статті [2, с. 44].

На наш погляд, перший варіант, запропонований Д.В. Дударцем, є більш прийнятним з огляду на те, що навряд чи правильно з точки зору забезпечення уніфікації законодавчої термінології вказувати у примітці до ст. 197-1 КК України ще одне (так би мовити, кримінально-правове) визначення земельної ділянки або землі винятково у контексті застосування ст. 197-1 КК України (поряд із визначеннями, вже передбаченими чинним законодавством, – ч. 1 ст. 79 ЗК України і ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. «Про охорону земель»).

Пропозиція щодо вживання у ст. 197-1 КК України терміну «земельна площа» з відмовою від вказівки на шкоду, завдану окремому власнику чи законному володільцю земельної ділянки [2, с. 44–45], також заслуговує на підтримку із зауваженням стосовно того, що доречнішим видається використання терміну «земля», який розкривається на законодавчому рівні та є більш загальноживаним порівняно з терміном «земельна площа». Такий крок дозволить чітко усвідомити, що головним при визначенні суспільної небезпеки самовільного зайняття землі є загальний розмір завданої таким діянням шкоди, а не розмір шкоди, заподіяної самовільним зайняттям землі власнику (законному володільцю) конкретної земельної ділянки. Самовільно займаючи певну площу землі, винна особа порушує право власності (законного володіння) на земельну ділянку тих суб'єктів, чії земельні ділянки входять до масиву самовільно зайнятих земель. Адже, як резонно відмічає Д.В. Дударець, у більшості випадків під час захоплення винна особа не з'ясовує довжину, ширину, межі земельної ділянки, а тому займає або частину земельної ділянки, або повністю певну земельну площу. Отже, особа в більшості випадків захоплює не конкретну земельну ділянку, а земельну площу [2, с. 44]. Крім того, використання у диспозиції ч. 1 ст. 197-1 КК України терміну «земля» замість терміну «земельна ділянка» дозволить робити однозначний висновок про те, що будь-яке незаконне приєднання землі, яка не належить винній особі, незалежно від того, зайнята земельна ділянка повністю або частково, має кваліфікуватися за наявності значної шкоди як злочин, передбачений ч. 1 ст. 197-1 КК України.

Погоджуючись з Д.В. Дударцем у частині необхідності відмови від терміну «земельна ділянка», водночас не можемо повністю погодитись з варіантом нової редакції ст. 197-1 КК України, ініційованої названим автором. Так, викликає подив наявність у запропонованій дослідником редакції ст. 197-1 КК України примітки, де визначається критерій віднесення шкоди до значної, при тому, що ні в першій, ні в другій частині сформульованої ним редакції статті КК (ст. 356-1 КК України) значна шкода як обов'язкова ознака складу злочину не фігурує. Вважаємо, що вказівка на суспільно небезпечні наслідки у вигляді значної шкоди як на умову настання відповідальності за ч. 1 ст. 197-1 КК України має залишитися, але без «прив'язування» її до власника чи законного володільця конкретної земельної ділянки.

З урахуванням викладеного, назву ст. 197-1 і диспозицію частини 1 цієї статті пропонуємо викласти в такій редакції:

«Стаття 197-1. Самовільне зайняття землі

1. Самовільне зайняття землі, яким завдано значної шкоди, – ...».

Відповідно, вважаємо за доцільне у всіх інших частинах ст. 197-1 КК України і в нормативних актах, де використовується словосполучення «самовільне зайняття земельної ділянки», замінити його зворотом «самовільне зайняття землі». Це стосується у т. ч. Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 25 липня 2007 р. № 963. Зокрема, у п. 4 Методики має йтися про визначення розміру шкоди, завданої саме самовільним зайняттям землі, а у відповідній формулі замість словосполучення «площа самовільно зайнятої земельної ділянки» мова повинна йти про площу самовільно зайнятої землі.

4. Чи охоплюються диспозицією ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України випадки будівництва на самовільно зайнятих земельних ділянках малих архітектурних форм (далі – МАФ) або інших тимчасових споруд?

Аналіз практики застосування ст. 197-1 КК України свідчить, що суди дають на це питання негативну відповідь.

Так, Голосіївським районним судом м. Києва було встановлено, що В. протягом жовтня 2009 р. – серпня 2010 р., діючи умисно, всупереч вимог статей 125, 126 ЗК України щодо укладання з Київським міським головою договору оренди землі та проведення його державної реєстрації, здійснив самовільне зайняття земельної ділянки площею 0,25 га шляхом встановлення на ній МАФів, внаслідок чого завдав значної шкоди державі як законному власнику земельної ділянки. Дії винного були кваліфіковані за ч. 1, а не за ч. 3 ст. 197-1 КК України [17].

Новокаховським міським судом Херсонської області як злочин, передбачений ч. 2 ст. 197-1, а не ч. 4 ст. 197-1 КК України, були розцінені дії Б., котрий самовільно зайняв земельну ділянку, розташовану в десятиметровій охоронній зоні газопроводу високого тиску першої категорії, і встановив на ній кіоск з літнім майданчиком [18].

Поділяє викладену точку зору В.М. Захарчук. Цей дослідник на підставі аналізу норм чинного (переважно регулятивного) законодавства робить висновок про те, що МАФи, а також тимчасові будівлі та споруди (у т. ч. для здійснення підприємницької діяльності) не можуть бути предметом складу злочину, передбаченого ч. 3 (4) ст. 197-1 КК України, оскільки вони не є нерухомим майном, встановлюються тимчасово, конструктивно не розраховані на тривалий строк експлуатації (не мають капітального характеру), не пов'язані фундаментом із землею, а права на них не підлягають державній реєстрації. Тому, на думку В.М. Захарчука, за їх будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці винна особа не може підлягати відповідальності за ч. 3 або 4 ст. 197-1 КК України [1, с. 10, 72, 138].

Утім, уважно проаналізувавши приписи чинного законодавства, можемо констатувати, що озвучена правником позиція є прийнятною хіба що для випадків, які стосуються МАФів. До МАФів слід відносити альтанки, павільйони, вуличні лавки, сходи, обладнання дитячих ігрових майданчиків, огорожі, ворота, меморіальні споруди, рекламні та інформаційні стенди тощо (ч. 2 ст. 21 Закону України «Про благоустрій населених пунктів»). Справді, після законодавчих змін 2012 р. МАФи, які раніше визнавалися *невеликими спорудами*, стали вважатися лише елементами декоративного чи іншого оснащення об'єкта благоустрою (ч. 2 ст. 21 Закону України від 6 вересня 2005 р. «Про благоустрій населених пунктів»). З огляду на це, їх розміщення на самовільно зайнятій земельній ділянці немає підстав кваліфікувати як будівництво будівель чи споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці.

А от можливість застосування подібного трактування до випадків будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці тимчасових споруд виглядає щонайменше сумнівною і, на нашу думку, є проявом обмежувального тлумачення закону – як кримінального, так і регулятивного, на що, до речі, один із співавторів цієї статті вже звертав увагу в підготовленому ним відгуку офіційного опонента на дисертацію В.М. Захарчука. У відгуку, серед іншого, вказувалося на те, що науковець, розкриваючи правовий статус тимчасових споруд з погляду кримінальної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво, нечітко розмежував чинну редакцію ст. 197-1 КК України і редакцію цієї кримінально-правової заборони в аспекті *de lege ferenda* [19]. Наша позиція ґрунтується на таких аргументах.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 4 Закону України від 17 лютого 2011 р. «Про регулювання містобудівної діяльності» об'єктами будівництва є будинки, будівлі, споруди будь-якого призначення, їх комплекси, лінійні об'єкти інженерно-транспортної інфраструктури. У ч. 2 ст. 28 зазначеного Закону вказується, що тимчасова споруда торговельного, побутового, соціально-культурного чи іншого призначення для здійснення підприємницької діяльності – це одноповерхова споруда, що виготовляється з полегшених конструкцій з урахуванням основних вимог до споруд, визначених технічним регламентом будівельних виробів, будівель і споруд, і встановлюється тимчасово, без улаштування фундаменту.

Із сказаного випливає, що споруда є об'єктом будівництва, а тимчасова споруда, про що свідчить і етимологічний зміст досліджуваного звороту, – спорудою. А це означає, що, керуючись буквальною тлумаченням кримінального закону, будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці будь-якої тимчасової споруди має кваліфікуватися не за ч. 1 (ч. 2), а за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України.

Видається, що, вказавши у ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України на будівлі і споруди, законодавець несвідомо поставив під кримінально-правову охорону значно ширше коло відносин, ніж насправді того бажав. У нас викликає сумнів, що Верховна Рада України мала намір встановити у ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України відповідальність за будівництво тимчасових споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці. До 20 листопада 2012 р. – часу внесення згаданих законодавчих змін – відповідальність за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України могла наставати і за розміщення на самовільно зайнятих земельних ділянках МАФів.

Висловимо припущення, що, якби законодавець мав вказаний намір, він би використав у тексті кримінального закону формулювання «будівництво будівель або розміщення споруд», адже термін «будувати» охоплює випадки спорудження, зведення саме будівлі (будівель) і не охоплює випадки розміщення споруд [20, с. 100].

Принагідно вкажемо на некоректність наведеного у ст. 376 ЦК України формулювання – «житлові будинки, будівлі, споруди, інші види нерухомого майна», адже воно нашоу думку про те, що поняттям нерухомого майна охоплюються будь-які споруди. Насправді далеко не кожна споруда (наприклад, кіоск) відноситься до нерухомого майна, переміщення якого як відомо, неможливе без його знецінення та зміни призначення.

На нашу думку, підвищену суспільну небезпеку становлять лише випадки будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці об'єктів, які значно ускладнюють (порівняно зі звичайним самовільним зайняттям земельної ділянки) реалізацію законним власником (володільцем) земельної ділянки свого права, а також свідчать про те, що винна особа умисно ставить себе на місце власника, розпоряджається ділянкою на свій розсуд, використовуючи надане лише законному власнику (землекористувачу) право на спорудження жилих будинків, виробничих та інших будівель і споруд (п. «д» ч. 1 ст. 90 ЗК України). Вважаємо, що до об'єктів, будівництво яких на самовільно зайнятій земельній ділянці має кваліфікуватися за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України, слід відносити: або лише «будівлі», спорудження яких, власне кажучи, і складає зміст поняття «будівництво»; або «нерухоме майно» – об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення (ст. 1 Закону України від 1 липня 2004 р. (в редакції Закону від 11 лютого 2010 р.) «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»). До речі, у всіх частинах ст. 376 ЦК України, крім ч. 1 цієї статті, йдеться про випадки самочинного будівництва лише нерухомого майна і при цьому не згадуються ні будинки, ні споруди.

Проаналізувавши визначення будівлі та нерухомого майна, ми робимо висновок, що з урахуванням складності відмежування поняття «будівля» від поняття «споруда» і водночас наявності чітких законодавчо визначених критеріїв віднесення певного об'єкта до нерухомого майна, більш доцільною була б вказівка у ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України на нерухоме майно.

Можна виділити такі ознаки нерухомої речі: 1) ці об'єкти розташовані на земельній ділянці та нерозривно пов'язані з землею, тобто вони не можуть існувати без землі; 2) переміщення зазначених об'єктів є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Тобто це мають бути об'єкти, які зазвичай пов'язані фундаментом із землею і створені з відповідних будівельних матеріалів, поєднані між собою в певній технологічній послідовності, визначеній проектною документацією, державними будівельними стандартами, нормами і правилами. Переміщення таких об'єктів неминує призводити до їх знецінення та зміни призначення. Крім того, права на ці об'єкти мають підлягати обов'язковій державній реєстрації, що й має стати відмінною рисою об'єктів, будівництво яких на самовільно зайнятій земельній ділянці має кваліфікуватися за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України.

Однак у ч. 1 ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» законодавець, знову ж не вдаючись до аналізу терміна «споруда», визнає споруду одним з об'єктів нерухомого майна, права на які повинні обов'язково реєструватися. При цьому в зазначеному Законі відсутні норми, які б вказували на те, що не підлягають обов'язковій державній реєстрації права на тимчасові споруди. Лише в п. 2 ч. 1 ст. 4 цього Закону існує вказівка на те, що державній реєстрації підлягає право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами. Але жодних подібних застережень стосовно реєстрації, наприклад, права власності або інших речових прав на відповідні споруди в Законі немає.

Розглядуване питання знаходить вирішення лише на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Зокрема, у постанові Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 868 «Про затвердження Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень і Порядку надання інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно» зазначається, що не підлягають державній реєстрації речові права та їх обтяження на копалини, рослини, а також на малі архітектурні форми, тимчасові, некапітальні споруди, що розташовані на земельній ділянці, переміщення яких можливе без їх знецінення та зміни призначення.

Отже, для того, щоб дія вдосконаленої ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України не поширювалася на випадки будівництва на самовільно зайнятих земельних ділянках тимчасових споруд, переміщення яких є можливим без їх знецінення та зміни призначення, формулювання «будівництво будівель і споруд» необхідно замінити словосполученням «будівництво об'єкта нерухомого майна, що підлягає обов'язковій державній реєстрації». Ця пропозиція спрямована на те, щоб кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки не посилювалась у випадках будівництва тимчасових споруд. Вимушені також констатувати, що формулювання «будівництво будівель або споруд на земельній ділянці...», використане В.М. Захарчуком, в його авторській редакції ст. 197-1 КК України [С. 185], ґрунт для суперечливого законодавства із розглянутого питання кваліфікації не усуває. До речі, з точки дотримання правил законодавчої техніки невинуватим слід визнати вживання у тексті кримінального закону термінів «будівлі» і «споруди» у множині.

Перш за все, до об'єктів нерухомого майна, що підлягають обов'язковій державній реєстрації, мають відноситися житлові будинки, квартири, інші будівлі (кемпінги, мотелі, дачні будинки тощо), а також автозаправні станції, дамби, колодязі, свердловини. Відноситься до нерухомого майна й машиномісце (індивідуальні гаражі або місця на гаражних стоянках чи в гаражних кооперативах). Проте таке машиномісце, право на яке підлягає державній реєстрації, повинно знаходитися в будівлі або в іншій капітальній споруді, тобто в споруді, яка має основні конструктивні елементи (фундамент, стіни, покрівлю тощо). Але ще раз наголосимо на тому, що кваліфікувати будівництво тимчасових споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці лише за ч. 1 (ч. 2) ст. 197-1 КК України, без посилання на ч. 3 (ч. 4) цієї статті, з тією лише мотивацією, що відповідні споруди не належать до нерухомого майна, можна буде лише після внесення до кримінального законодавства запропонованих змін.

З огляду на сказане, обмежувальним тлумаченням кримінального закону слід визнавати рішення Сніжнянського міського суду Донецької області, який не визнав самовільним будівництвом дії З., котрий побудував на самовільно зайнятій земельній ділянці особливо цінних земель дерев'яну споруду, лише з огляду на тимчасовість вказаної споруди та неналежність її до числа капітальних. Підсумком такого розуміння положень ст. 197-1 КК України стала неточна кримінально-правова оцінка дій З., які, замість кваліфікації їх за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 та ч. 4 ст. 197-1 КК України, були кваліфіковані лише за ч. 2 ст. 197-1 КК України [21].

5. Чи слід визнавати зайняттям земельної ділянки і, відповідно, кваліфікувати за ст. 197-1 КК України випадки незаконно відгородження земельної ділянки, виставлення охорони та інші подібні дії, що не супроводжуються користуванням земельною ділянкою?

Відповідаючи на це питання, вважаємо за необхідне приєднатися до точки зору правників, котрі вказують, що головне в самовільному зайнятті земельної ділянки – незаконне заволодіння, яке є визначальним моментом для характеристики цього правопорушення [22, с. 65; 23, с. 132; 24, с. 49]. У цьому контексті слухними виглядають міркування М.В. Шульги, який наголошує на тому, що для самовільного зайняття земельної ділянки достатньо заволодіння нею без законних на те підстав. Суб'єкт може і не здійснювати фактичне користування землею, а виступає лише її незаконним володільцем. Особа, яка самовільно зайняла земельну ділянку, незалежно від того, чи використовує вона її, є правопорушником [25, с. 123, 26, с. 131]. Має рацію Н.О. Антонюк, котра пише: «Відгородження ділянки ще не є її використанням у буквальному розумінні цього слова. Але такі дії є зайняттям земельної ділянки... Фактичне відгородження земельної ділянки, недопущення до неї власника без реального її використання є таким же суспільно небезпечним, як і фактичне використання земельної ділянки» [27, с. 82]. Про необхідність вбачати самовільне зайняття земельної ділянки, зокрема, у випадку фактичного заволодіння нею, не поєданого з її використанням, і зумовлену цим потребу в уточненні законодавчого визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки, веде мову і В.М. Захарчук. Науковець слушно наголошує на тому, що для кваліфікації за ст. 197-1 КК України не має значення та обставина, що власник може не мати наміру чи змоги використовувати належну йому земельну ділянку [1, с. 79–80, 100]. Випадки, коли земельна ділянка фактично не використовується, проте дії особи, котра незаконно заволоділа земельною ділянкою, кваліфікуються за відповідною частиною ст. 197-1 КК України, нерідко зустрічаються в судовій практиці.

Наприклад, Шевченківським районним судом м. Львова самовільним зайняттям земельної ділянки були визнані дії В., за вказівкою якої С. та П. загородили земельну ділянку в межах санітарно-захисної зони шляхом закладання бетонного фундаменту з монтажем стовпців та металевої огорожі. У підсумку дії В. були кваліфіковані за ч. 2 ст. 197-1 КК України [28].

Київським районним судом м. Сімферополя Ч. була визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, хоч вона фактично не використовувала земельну ділянку, а лише самовільно огородила її металевим парканом, що свідчило про заволодіння нею [29].

Запорізьким районним судом Запорізької області було встановлено, що К. самовільно зайняв земельну ділянку загальною площею 0,3866 га земель державного лісного фонду, огородивши вказану земельну ділянку металевим парканом. Дії К. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 197-1 КК України [30].

Отже, для визнання дій особи «зайняттям» земельної ділянки ключовим є заволодіння, а не користування нею. При цьому користування земельною ділянкою при заволодінні нею також може мати місце, проте воно має розглядатись як своєрідне доповнення до заволодіння. До речі, у науково-практичному коментарі до ст. 197-1 КК України, написаному у т. ч. одним із співавторів цієї статті, самовільне зайняття земельної ділянки визначається як фактичне заволодіння (чи заволодіння і користування) земельною ділянкою або її частиною [31, с. 556].

З урахуванням викладеного стає зрозуміло, що очевидною вадою законодавчого визначення самовільного зайняття земельної ділянки є зведення останнього винятково до дій, які означають фактичне використання земельної ділянки. Як шлях вирішення цієї проблеми Н.О. Антонюк пропонує під самовільним зайняттям земельної ділянки розуміти будь-які дії особи, які свідчать не тільки про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки, а й дії, які свідчать про бажання використовувати не надану земельну ділянку [27, с. 83]. Більш доцільним видається формулювання «будь-які дії, які свідчать про фактичне використання» замінити у визначенні самовільного зайняття земельної ділянки на словосполучення «будь-які дії, які свідчать про заволодіння та/або користування земельною ділянкою».

З іншого боку, протиправне використання чужої земельної ділянки (наприклад, проїзд транспортним засобом, складування сміття, стоянки автомобіля без мети зведення гаража, складування матеріалів без мети зведення споруд), не поєднане із фактичним заволодінням цією ділянкою, інакше кажучи, із встановленням панування, контролю над нею, не повинне визнаватись караним за ст. 197-1 КК України самовільним зайняттям земельної ділянки і в передбачених законом випадках тягне за собою адміністративну відповідальність (наприклад, за ст. ст. 104, 141 КУпАП). Як влучно зазначав з цього приводу О.О. Рябов, вказані дії, на відміну від самовільного зайняття земельної ділянки, не супроводжуються чіткою індивідуалізацією об'єкта посягання, оскільки для правопорушника головним є отримання корисних якостей від об'єкта природи, а не заволодіння ним [32, с. 122].

Займаючи посаду директора КП «Комунгоспсервіс», неналежним чином виконуючи свої службові обов'язки щодо ефективного виконання очолюваним ним підприємством покладених на нього функцій щодо вивезення та утилізації твердих побутових відходів, Ш. без відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про передачу земельної ділянки у власність або надання в користування (оренду) та за відсутності правочину щодо такої земельної ділянки, використовував земельну ділянку площею 4,68 га, розташовану по вул. Промисловій у південно-східній частині м. Таврійськ, як полігон для розміщення та утилізації твердих побутових відходів. Новокаховський міський суд Херсонської області перекваліфікував дії підсудного з ч. 1 ст. 197-1 КК на ч. 2 ст. 367 КК України [33].

Позиція суду заслуговує на підтримку, оскільки Ш. вчинив не самовільне зайняття земельної ділянки, а службову недбалість.

Натомість помилковою слід вважати кваліфікацію Краснолуцьким міським судом Луганської області як самовільного зайняття земельної ділянки дій К., котрий використовував земельну ділянку для складування продуктів вугільної переробки без мети заволодіння цією земельною ділянкою [34].

З подібних міркувань не є самовільним зайняттям земельної ділянки самовільне сінокосіння без інших дій, які свідчать про заволодіння земельною ділянкою, оскільки умисел правопорушника направлений на присвоєння скошеної трави, а не на зайняття землі [32, с. 90].

Як зазначалося вище, не розглядається як самовільне зайняття земельної ділянки використання її для стоянки автомобіля без мети зведення гаража. Разом з тим слід визнавати самовільним зайняттям земельної ділянки і за наявності значної шкоди кваліфікувати за ч. 1 ст. 197-1 КК України використання земельної ділянки для розміщення платної автостоянки.

Так, Сихівським районним судом Львівської області було встановлено, що Д., будучи головою правління кооперативу «Старий Сихів», самовільно зайняв земельну ділянку площею 0,19 га у м. Львові для облаштування платної автостоянки, чим завдав шкоду власникові землі на загальну суму 56 605 грн. Дії винного суд правильно кваліфікував за ч. 1 ст. 197-1 КК України [35].

6. Чи слід визнавати самовільним зайняттям земельної ділянки порушення прав на землю, що виразились у бездіяльності?

В юридичній літературі можна прочитати: «Як фактичне використання не наданої земельної ділянки слід розглядати і випадки, коли строк користування... тимчасово зайнятими земельними ділянками закінчився»

[27, с. 82]. В.М. Захарчук пропонує кваліфікувати за ч. 1 ст. 197-1 КК України як самовільне зайняття земельної ділянки її використання після спливу строків користування нею на законних підставах [1, с. 10, 90–91, 139]. Щоправда, висловлювання науковця з позначеної проблеми не відзначаються послідовністю. Так, теза В.М. Захарчука про те, що згадані випадки «цілком охоплюються законодавчим визначенням поняття «самовільне зайняття земельної ділянки» [1, с. 91], вочевидь, не узгоджується з іншою його тезою – про «недосконалість чинного законодавства в частині відповідальності за незаконне утримання земельної ділянки, що була надана особі на законних підставах...» [1, с. 10]. Стверджується також: «... якщо особа лише не повертає земельну ділянку, в її дія відсутні ознаки складу самовільного зайняття земельної ділянки, адже не здійснюється фактичне використання земельної ділянки і власникові не створюються перешкоди у доступі до неї» [1, с. 89]. Це твердження, як видається, суперечить позиції, раніше висловленій В.М. Захарчуком, згідно з якою самовільним зайняттям земельної ділянки слід визнавати фактичне заволодіння нею, адже такими діями власнику або законному володільцю земельної ділянки може бути заподіяна істотна шкода [1, с. 80]. Звернемо увагу і на те, що із сформульованого В.М. Захарчуком визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки [1, с. 91–92, 186] випливає, що цим поняттям буде охоплюватись, зокрема, лише таке використання земельної ділянки, яке поєднується із заволодінням нею, здійсненим за відсутності певної правової підстави. Виходить, що випадки утримання земельних ділянок (користування ними), раніше переданих на законних підставах, самовільним зайняттям земельної ділянки не визнаватимуться. Інакше кажучи, визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки, сформульоване науковцем, виключатиме пропоновану ним кримінально-правову оцінку безпідставного утримання земельних ділянок.

На нашу думку, на питання про наявність у розглядуваній ситуації ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 (ч. 2) ст. 197-1 КК України, треба давати негативну відповідь. На користь такого підходу, крім всього іншого, вказує усталене останнім часом правило кваліфікації «усі сумніви – на користь особи, діянню якої кваліфікується». Врахування значення слова «займати», а так само законодавчо закріпленого визначення самовільного зайняття земельної ділянки дозволяє стверджувати, що на сьогодні несвоєчасне повернення тимчасово займаних земель, наданих на підставі договору в тимчасове (короткострокове або довгострокове) користування, має тягнути не кримінальну (ст. 197-1 КК України), а адміністративну відповідальність (ст. 54 КУпАП). Як приклад такого відмінного від самовільного зайняття земельної ділянки і вчинюваного шляхом бездіяльності адміністративного проступку в літературі наводиться ситуація, коли надана в короткострокову оренду для організації будівельних робіт земельна ділянка своєчасно не звільняється від будівельних матеріалів або тимчасових споруд, розміщених на ній на законних підставах [36].

З подібних міркувань не може вважатися самовільним зайняттям земельної ділянки: незвільнення земельної ділянки особою, котра не виконала зобов'язання перед кредитором і тому позбавлена права власності на земельну ділянку; незвільнення земельної ділянки особою, земельну ділянку якої відчужено з мотивів суспільної необхідності чи для суспільних потреб або конфісковано за рішенням суду; невідчуження земельної ділянки іноземними особами та особами без громадянства у встановлений строк; несвоєчасне звільнення земельних ділянок, право на використання яких припинилося; порушення строків переоформлення прав на землю тощо. У цих випадках вчинене може розцінюватись як те чи інше земельне правопорушення – порушення строку повернення тимчасово зайнятих земель, невиконання обов'язків відносно приведення їх у стан, придатний для використання їх за призначенням, тощо.

Проте аналіз практики застосування ст. 197-1 КК України показує, що суди нерідко ігнорують положення ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» і продовжують кваліфікувати як самовільне зайняття земельної ділянки бездіяльність осіб, які своєчасно не звільняють земельні ділянки.

Так, Білозерським районним судом Херсонської області було встановлено, що Т. 22 травня 2002 року уклав договір оренди земельної ділянки із відповідною сільською радою. Зазначений договір було зареєстровано в Білозерському районному відділі земельних ресурсів 27 травня 2002 р. Строк дії цього договору складає 5 років. Відповідно до п. 9.5. договору він вступає в силу з дня його державної реєстрації. Таким чином, договір діяв до 27 травня 2007 р. включно. Після цього Т. продовжив використовувати відповідну земельну ділянку для вирощування сільськогосподарської продукції, обґрунтовуючи свої дії посиланням на ч. 3 ст. 33 Закону України «Про оренду землі», в якій йдеться про те, що в разі, якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку договору оренди, то за відсутності письмових заперечень орендодавця протягом одного місяця після закінчення строку договору, він підлягає поновленню на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором. Письмове заперечення здійснюється листом-повідомленням. З огляду на те, що листа-повідомлення орендодавця щодо заперечення у користуванні земельною ділянкою в період з 27 травня 2007 р. до 27 червня 2007 р., як і надалі, на його адресу не надходило, зазначений договір підсудний вважав поновленим і таким, що діє до 27 травня 2012 р. Суд кваліфікував дії Т. за ч. 1 ст. 197-1 КК України [37].

Вважаємо, що рішення суду в цій справі є таким, що суперечить положенням закону, зокрема, ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель». Разом з тим Т. мав підлягати ад-

міністративній відповідальності за ст. 54 КУпАП, а його посилання на ч. 3 ст. 33 Закону України. «Про оренду землі» вважаємо необґрунтованим. У ч. 6 ст. 33 цього Закону, справді, зазначається, що в разі, якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку договору оренди і за відсутності протягом одного місяця після закінчення строку договору листа-повідомлення орендодавця про заперечення в поновленні договору оренди землі такий договір вважається поновленим на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором. Проте далі в цій же правовій нормі вказується на те, що в цьому випадку в місячний строк сторонами обов'язково має бути укладена додаткова угода про поновлення договору оренди землі, чого в аналізованій ситуації зроблено не було. У той же час випадки, коли після спливу строку договору особа звільняє тимчасового зайняту земельної ділянки, а згодом, без будь-яких юридичних підстав, знову займає відповідну земельну ділянку, мають визнаватися самовільним зайняттям земельної ділянки та за інших необхідних умов повинні кваліфікуватися за ст. 197-1 КК України.

Так, Тернівським районним судом м. Кривого Рогу було встановлено, що Криворізька міська рада передала в оренду земельну ділянку ТОВ «Компанія». Остання передала цю земельну ділянку в суборенду С., який використовував її для розміщення автомобільної стоянки. Після спливу договору суборенди С. шляхом оформлення акту приймання-передачі повернув земельну ділянку ТОВ «Компанія», а та, відповідно, Криворізькій міській раді. Але після цього Ч., яка була донькою С., за відсутності будь-яких оформлених домовленостей з Криворізькою міською радою, знову зайняла відповідну земельну ділянку та розмістила на ній автомобільну стоянку. Дії Ч. були правильно розцінені судом як самовільне зайняття земельної ділянки і кваліфіковані за ч. 1 ст. 197-1 КК України [38].

7. Як кваліфікувати дії особи, котра використовує земельну ділянку після смерті громадянина, якому відповідна земельна ділянка була надана в постійне користування?

Крім передачі права власності на земельні ділянки, органи виконавчої влади та місцевого самоврядування мають право надавати земельні ділянки державної та комунальної власності у постійне користування та оренду. Чинним земельним законодавством громадяни не віднесені до суб'єктів права постійного користування земельними ділянками (ч. 2 ст. 92 ЗК України). Незважаючи на це, ст. 92 ЗК України не обмежує і не скасовує право постійного користування земельними ділянками, набуте у встановлених законодавством випадках станом на 1 січня 2002 р. Тобто, наприклад, якщо особі, котра відповідно до ч. 2 ст. 92 ЗК України не визнається суб'єктом права постійного користування, земельна ділянка була надана до 1 січня 2002 р. (час набрання чинності ЗК України, прийнятого 25 жовтня 2001 р.), то ця особа має право і надалі користуватися земельною ділянкою на підставі правового титулу, не переоформлюючи відповідне право на право власності чи оренди земельної ділянки.

Розглянемо питання про кваліфікацію дій особи, котра використовує земельну ділянку після смерті громадянина, якому відповідна земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р.

Як зазначається в постанові пленуму Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 17 травня 2011 р. № 6 «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин», право постійного землекористування є безстроковим, на відміну від права оренди, і може бути припинене лише з підстав, передбачених ст. 141 ЗК України, перелік яких є вичерпним. Дії органів державної влади та місцевого самоврядування, спрямовані на позбавлення суб'єкта права користування земельною ділянкою після державної реєстрації такого права поза межами підстав, визначених у ст. 141 ЗК України, є такими, що порушують право користування земельною ділянкою.

П. «в» ст. 141 ЗК України називає як підставу припинення права користування земельною ділянкою припинення діяльності релігійних організацій, державних чи комунальних підприємств, установ та організацій.

Незрозуміло, якою логікою керувався законодавець, зазначаючи у відповідній правовій нормі як підставу припинення права постійного користування земельною ділянкою припинення діяльності релігійних організацій, державних чи комунальних підприємств, установ та організацій, не вказуючи при цьому на припинення діяльності громадських організацій інвалідів України, їх підприємств (об'єднань), установ та організацій – суб'єктів, які частиною 2 ст. 92 ЗК України також визнаються суб'єктами права постійного користування земельними ділянками. Крім того, перелік організацій, припинення діяльності яких є підставою для припинення права постійного користування земельною ділянкою, мав би бути доповнений вказівкою на публічне акціонерне товариство залізничного транспорту загального користування, утворене відповідно до Закону України «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування», оскільки з 23 лютого 2012 р. відповідно до змін, внесених до ч. 2 ст. 92 ЗК України, вони також визнаються суб'єктами права постійного користування земельною ділянкою.

Смерть громадянина, якому відповідна земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р., серед підстав припинення права користування земельною ділянкою не зазначається. Тобто, якщо керуватися положеннями ст. 141 ЗК України та викладеним вище роз'ясненням Пленуму ВГСУ, то в разі

смерті громадянина, якому земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р., право постійного користування земельною ділянкою не припиняється. Але це суперечить ч. 2 ст. 92 ЗК України.

Позначена проблема виникла через те, що законодавець, закріпивши у п. 6 Перехідних положень ЗК України положення про те, що громадяни та юридичні особи, які мають у постійному користуванні земельні ділянки, але згідно ЗК України не можуть мати їх на такому праві, повинні до 1 січня 2008 р. переоформити у встановленому порядку право власності або право оренди на них, жодним чином не відреагував на визнання Конституційним Судом України цієї норми неконституційною та залишив невизначеною юридичну долю відповідних земельних ділянок. Як наслідок, між нормами ЗК України виникла колізія.

Видається, що у випадку смерті громадянина, якому земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р., право постійного користування відповідною земельною ділянкою державної чи комунальної власності має припинитися і, на відміну від права оренди земельної ділянки, не може автоматично переходити до спадкоємців чи інших осіб. Ця точка зору впливає зі змісту ст. 92 ЗК України. Тому будь-яке використання спадкоємцем або іншою особою відповідної земельної ділянки без переоформлення прав на неї (права власності чи оренди земельної ділянки) формально є незаконним. Показовим у цьому аспекті є такий приклад із практики прокурорського реагування.

Прокурором Горностаївського району було з'ясовано, що з 2006 р. Ц., не переоформивши землю після смерті свого батька, та не змінивши статут фермерського господарства «Великий Луг», обробляв земельну ділянку площею 41,7 га, надану в постійне користування його батькові, чим заподіяв державі матеріальні збитки на суму 45 347 грн. На підставі викладеного прокурором було порушено кримінальну справу за ознаками складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України [39].

Можна, звичайно, дискутувати, наскільки обґрунтованим з точки зору «букви» закону є вказане рішення прокурора. На нашу думку, якщо спадкоємці або інші особи, котрі використовували земельну ділянку разом з постійним землекористувачем, продовжують користуватися земельною ділянкою, не виконуючи при цьому дій, спрямованих на отримання прав на неї, їх дії (за відсутності на сьогодні самостійної юридичної відповідальності за незаконне утримання земельних ділянок, тобто за бездіяльність, що фактично і має місце у розглядуваній ситуації) повинні кваліфікуватись не як самовільне зайняття земельної ділянки, а як порушення строків повернення тимчасово зайнятих земель (ст. 54 КУпАП). У будь-якому разі рішення прокурора порушити кримінальну справу за ч. 1 ст. 197-1 КК України не можна визнати доцільним і справедливим, особливо враховуючи те, що Ц. і після смерті батька сплачував усі належні податки та інші обов'язкові платежі.

Вважаємо, що у випадку смерті громадянина, якому земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р., має виключатись відповідальність (у т. ч. кримінальна) осіб, які раніше спільно використовували відповідну земельну ділянку разом з постійним користувачем і продовжують її використовувати за умови, що ними протягом одного місяця (строк, який найчастіше встановлюється земельним законодавством для вчинення тих чи інших юридично значущих дій) з дня смерті постійного користувача виконані всі необхідні дії щодо оформлення права власності (оренди) на відповідну земельну ділянку.

З огляду на аргументи, викладені вище, вважаємо за доцільне внести зміни до ЗК України. Орієнтиром при цьому може виступати шлях розв'язання подібних питань у контексті орендних відносин: у частинах 1, 2 ст. 7 Закону України від 6 жовтня 1998 р. «Про оренду землі» йдеться про те, що право на оренду земельної ділянки переходить після смерті фізичної особи – орендаря, якщо інше не передбачено договором оренди, до спадкоємців, а в разі їх відмови чи відсутності таких спадкоємців – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом з орендарем і виявили бажання стати орендарями.

Ураховуючи схожість інституту постійного користування земельною ділянкою з інститутом права власності на земельну ділянку (а саме їх безстроковий характер), а також те, що раніше – за умови існування монополії держави на право власності на землю – право постійного користування земельною ділянкою нерідко виступало своєрідним «замінником» права власності, вважаємо, що відповідні особи мають отримувати право на передачу відповідної земельної ділянки у власність або надання в користування на безконкурентних засадах.

З урахуванням викладеного, пропонуємо внести зміни до ЗК України, доповнивши ст. 92 частинами 4, 5, 6 і 7 такого змісту:

«У разі смерті громадянина, якому земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 року, право користування земельною ділянкою переходить до спадкоємців, а в разі їх відмови чи відсутності таких спадкоємців – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом з постійним користувачем.

Особи, вказані в частині 4 цієї статті, зобов'язані протягом одного місяця з дня смерті постійного землекористувача звернутися до уповноваженого органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, у власності якого знаходиться відповідна земельна ділянка, та виконати всі залежні від них дії, які вимагаються законодавством для отримання земельної ділянки у власність чи в користування.

Зазначені в частині 4 цієї статті особи мають право на передачу відповідної земельної ділянки у власність або надання в користування на безконкурентних засадах за умови, що це не суперечить вимогам цього Кодексу, а також інших законів, що видаються відповідно до нього.

У разі невиконання без поважних причин вимог частини 5 цієї статті особами, зазначеними у частині 4 цієї статті, їхнє право користування відповідною земельною ділянкою припиняється.

За логікою, процедура оформлення прав на земельну ділянку в таких випадках мала б бути аналогічною процедурі переоформлення права власності чи оренди земельної ділянки громадян та юридичних осіб, які не вказані у ч. 2 ст. 92 ЗК України, і яким земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 р., як це вимагалось п. 6 Перехідних положень ЗК України. Але, на жаль, така процедура ЗК України не передбачена, що, до речі, і стало чи не головною причиною визнання неконституційними положення п. 6 Перехідних положень ЗК України. Тому відповідні суб'єкти мають отримувати у власність (користування) земельні ділянки на загальних засадах, проте безконкурентно.

Також вважаємо, що п. «в» ст. 141 ЗК України має бути викладений у такій редакції: *«припинення діяльності суб'єктів, зазначених у ч. 2 ст. 92 цього Кодексу»*. Крім того, ст. 141 ЗК України має бути доповнена п. «ж» наступного змісту: *«ж) право постійного користування земельною ділянкою припиняється в разі смерті громадянина або припинення діяльності юридичної особи, не зазначеної у ч. 2 ст. 92 цього Кодексу, яким земельна ділянка була надана в постійне користування до 1 січня 2002 року»*.

Пропозицію про доповнення ст. 141 ЗК України подібним пунктом свого часу висував В.С. Макаренко [40]. Однак дослідник обмежив припинення права постійного користування лише випадками припинення діяльності відповідних суб'єктів, не враховуючи випадки смерті фізичної особи – землекористувача, яка не є тотожною «припиненню діяльності», позаяк це поняття притаманне для юридичних осіб.

8. Чи слід визнавати самовільним зайняття земельної ділянки за наявності підписаного договору оренди земельної ділянки, який не містить всіх істотних умов або необхідних доповнень до нього?

У ст. 15 Закону України «Про оренду землі» вказано аж одинадцять істотних умов, відсутність хоча б однієї з яких у договорі є підставою для визнання його недійсним. Крім того, ч. 4 ст. 15 цього Закону вказує на те, що невід'ємною частиною договору оренди землі є: план або схема земельної ділянки, яка передається в оренду; кадастровий план земельної ділянки з відображенням обмежень (обтяжень) у її використанні та встановлених земельних сервітутів; акт визначення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості); акт приймання-передачі об'єкта оренди; проект відведення земельної ділянки у разі його розроблення згідно із законом.

Виникає питання, чи охоплюються ст. 197-1 КК України дії особи, що свідчать про заволодіння нею земельною ділянкою за наявності підписаного (або навіть зареєстрованого) договору оренди земельної ділянки, який, однак, не містить всіх істотних умов або необхідних доповнень до нього. О.С. Лисанець дає ствердну відповідь на це непросте питання. Зокрема, названий дослідник пише: «... якщо договір оренди землі буде укладений, підписаний усіма зацікавленими особами та відповідно зареєстрований, але при цьому буде відсутній хоча б один документ, який є невід'ємною частиною договору оренди землі, то такий договір буде вважатися недійсним. У зв'язку з цим використання землі особою (орендарем) за цим договором потрібно вважати самовільним. Наприклад, самовільне зайняття землі буде мати місце у випадку, коли відсутній акт приймання-передачі об'єкта оренди землі» [41].

З таким твердженням ми не погоджуємось. Вважаємо, що з визнанням договору оренди недійсним через мотиви, про які веде мову О.С. Лисанець, припиняються всі права та обов'язки сторін, що впливали з договору. Але говорити в цьому разі (як і в інших випадках неналежного оформлення правочинів щодо земельної ділянки) про самовільне зайняття землі не слід, оскільки волевиявлення сторін щодо укладення договору оренди землі мало місце. І хоча це волевиявлення не було відображене в належній формі, його наявність, підтверджена підписанням відповідного договору, є підставою для констатації відсутності в діях особи (орендаря земельної ділянки) щонайменше умислу на вчинення самовільного зайняття земельної ділянки, а це виключає кваліфікацію за тією чи іншою частиною ст. 197-1 КК України. У цьому контексті вельми конструктивною видається думка О.В. Лугини пов'язувати наявність самовільного зайняття земельної ділянки, зокрема, з відсутністю волі власника земельної ділянки (див.: Лугина О. Проблеми нормативного визначення терміна «самовільне зайняття земельних ділянок» // Право України. – 2008. – № 2. – С. 111).

З подібних міркувань не можна розцінювати як самовільне зайняття земельної ділянки заволодіння земельними ділянками, вказаними у підпунктах «а» та «б» п. 15 Перехідних положень ЗК України і придбаними під час дії мораторію на їх відчуження. Хоч правочини про придбання відповідних земельних ділянок, вчинені під час дії мораторію на такі дії, не можуть визнаватись юридичними фактами, які посвідчують виникнення права власності на земельні ділянки у відповідних суб'єктів, волевиявлення сторін щодо вчинення правочину мало місце, що, як видається, повинно виключати кваліфікацію дій особи за ст. 197-1 КК України принаймні через відсутність умислу на самовільне зайняття земельної ділянки.

Також виключається інкримінування ст. 197-1 КК України у випадках, вказаних у ч. ч. 1–2 ст. 7 Закону України «Про оренду землі». Нагадаємо, що у цих нормах йдеться про те, що право на оренду земельної ділянки переходить після смерті фізичної особи – орендаря, якщо інше не передбачено договором оренди, до спадкоємців, а в разі їх відмови чи відсутності таких спадкоємців – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом з орендарем і виявили бажання стати орендарями. У випадку засудження фізичної особи – орендаря до позбавлення волі або обмеження його дієздатності за рішенням суду право на оренду земельної ділянки переходить до одного з членів його сім'ї, який виявив бажання і може відповідно до закону стати орендарем, а в разі його відмови або відсутності таких – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом з орендарем, за їх згодою.

З огляду на викладене, не інакше як протизаконним можна назвати рішення Скадовського районного суду Херсонської області у справі Н. Цим судом було встановлено, що в батька підсудного в оренді було 544 га землі, більша частина з яких восени була засіяна зерновими культурами, а 73 га залишилися несіяними і на них батько планував сіяти кавуни. Після смерті батька, щоб земля не пустувала, Н. посіяв на вказаних 73 га кавуни. Також він звернувся із заявою до райдержадміністрації про переоформлення на нього договору оренди землі, але отримав відповідь, що це буде можливо лише після оформлення спадщини, тобто через півроку після смерті батька. У результаті підсудний безпідставно, у порушення ч. 1 ст. 7 Закону України «Про оренду землі», був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, із призначенням покарання [42].

Враховуючи зобов'язальний характер оренди землі і те, що договір оренди укладається між орендарем і орендодавцем і при цьому не створює обов'язків для третіх осіб, доки вони самі не погодилися, уклавши договір про заміну сторони в зобов'язанні, договір оренди землі мав бути переоформлений. Слушною є думка про те, що невнесення змін до договору оренди буде мати низку негативних наслідків як для сторін договору, так і для державного чи місцевого бюджету (у випадку оренди земель державної чи комунальної власності), оскільки без укладання угоди про внесення змін до договору з подальшою його перереєстрацією: у нового орендаря не буде можливості приступати до обробітку землі; не виникає обов'язку із внесення орендної плати; його неможливо буде притягнути до відповідальності за невиконання тих чи інших умов договору. Якщо орендуються землі державної чи комунальної власності, то навіть за бажання нового орендаря вносити орендну плату він не зможе її вносити до бюджету тощо [43]. Але дії Н., котрий розпочав обробіток земельної ділянки, могли кваліфікуватися лише як використання земельної ділянки без правовстановлюючих документів і лише за умови, що відповідним громадянином не було виконано всіх передбачених законодавством дій, необхідних для отримання документів, які посвідчують право власності чи користування земельною ділянкою.

9. Чи слід враховувати при обчисленні розміру шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки, витрати, пов'язані із відновленням попереднього стану земельної ділянки, упущену вигоду та витрати на знесення будівель і споруд, які самочинно збудовані чи будуються на самовільно зайнятих земельних ділянках?

Постановою № 963 від 25 липня 2007 р. Кабінет Міністрів України затвердив Методику для визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу (далі – Методика). Як впливає з положень Методики, на порядок обчислення шкоди, заподіяної самовільним зайняттям земельної ділянки, впливають такі фактори, як місцезнаходження земельної ділянки, категорія земель, площа самовільно зайнятої земельної ділянки, середньорічний дохід, який можна отримати від використання земель за цільовим призначенням.

Розкриваючи змістовну наповнюваність суспільно небезпечних наслідків – значної шкоди, завданої власнику земельної ділянки або її законному володільцю, у першу чергу потрібно брати до уваги наведені вище положення Методики. Коментуючи порядок визначення розміру шкоди, зафіксований у Методиці, Н.О. Антонюк зазначає: «Шкода, заподіяна внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки – це дохід (в тому числі у формі надходжень до бюджету), який могла б одержати держава, територіальна громада, а також власник землі (землекористувач) за звичайних обставин під час реалізації прав на земельну ділянку, що була самовільно зайнята [27, с. 84].

Вважаємо, що з погляду застосування ч. 1 ст. 197-1 КК України до шкоди, заподіяної власнику земельної ділянки або землекористувачеві, можуть включатись і інші складові, зокрема: 1) збитки, пов'язані із знищенням або пошкодженням зелених насаджень або руйнуванням будівель чи споруд (наприклад, гідротехнічних), які знаходились на самовільно зайнятій земельній ділянці; 2) витрати, які особа мусить понести для відновлення: а) свого порушеного права на земельну ділянку (скажімо, проведення геодезичних робіт із відновлення межових знаків, витрати, пов'язані зі сплатою судового збору); б) якості земельної ділянки як об'єкта права власності чи користування (зокрема, оранка, внесення добрив, проведення рекультивациі порушених земель).

Наша позиція ґрунтується на тому, що згідно зі ст. 22 ЦК України збитки, які підлягають відшкодуванню (якщо інше не передбачено законом або договором) у повному обсязі, включають у себе: 1) втрати, яких особа

зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). У п. 16 постанови Пленуму ВСУ від 16 квітня 2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» роз'яснюється, що відповідно до ст. 156 ЗК України і ст. 1166 ЦК України шкода, заподіяна в т. ч. самовільним зайняттям земельної ділянки, відшкодовується у повному обсязі. Наприклад, при самовільному зайнятті ріллі на користь землекористувача (власника) стягується вартість неодержаної сільськогосподарської продукції, обчислена за ринковими цінами, з урахуванням середньої врожайності певної культури в господарстві, за винятком витрат виробництва, пов'язаних зі збиранням врожаю.

Визнаючи правильним стягнення з відповідача збитків у розмірі 273 312 грн. 90 коп. і посиляючись у т. ч. на ст. 22 ЦК України, ВГСУ у своїй постанові від 22 липня 2009 р. вказав, що фактичне використання відповідачем для організації роботи ринку земельної ділянки площею 17 027 квадратних метрів без правових підстав позбавило міську раду як власника землі можливості отримувати від цієї земельної ділянки дохід у вигляді орендної плати. У разі виконання відповідачем передбаченого законом обов'язку щодо оформлення права користування земельною ділянкою такий дохід був би отриманий міською радою [44].

Натомість деякі автори висловлюються за розмежування шкоди, визначенню якої присвячено Методику, і збитків, порядок відшкодування яких регламентується ст. 22 ЦК України (див.: Гаврилюк М. Застосування прокурорами законодавства про відшкодування школи та збитків, заподіяних земельним ресурсам // Вісник прокуратури. – 2012. – № 3. – С. 25–31). З таким розмежуванням погодитись важко, позаяк Методика розроблена у т. ч. відповідно до ЦК України. Нам імпонує точка зору, згідно з якою розмір шкоди, вирахованої на підставі Методики, не може бути меншим за розмір фактично заподіяної шкоди, яка була доведена власником земельної ділянки (землекористувачем) за допомогою відповідних документів (див.: Дрозд О. Ю. Адміністративна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. – К., 2010. – С. 137).

До числа дискусійних належить також питання, чи слід враховувати при визначенні розміру заподіяної шкоди в порядку застосування ч. 1 ст. 197-1 КК України витрати на знесення будівель і споруд, які самочинно збудовані чи будуються на самовільно зайнятих земельних ділянках. Окремі автори дають на поставлене питання ствердну відповідь [27, с. 85; 45, с. 148], враховуючи як вимоги ст. 22 ЦК України, так і положення, викладені у п. 5 Методичних рекомендацій щодо застосування Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затверджених наказом Державного комітету України по земельних ресурсах та Державної інспекції з контролю за використанням та охороною земель від 12 вересня 2007 р. № 110. У цих Методичних рекомендаціях із посиланням на ст. 22 ЦК України і всупереч п. 3 Методики вказано, що до складу реальних збитків, заподіяних власнику або користувачеві земельної ділянки, включаються, зокрема, витрати на знесення будинків, будівель і споруд, які самовільно побудовані або будуються на самовільно зайнятих земельних ділянках. Проте ми вважаємо, що витрати на знесення будівель і споруд, які самочинно збудовані чи будуються на самовільно зайнятих земельних ділянках, не повинні враховуватись при визначенні розміру заподіяної шкоди в порядку застосування ч. 1 ст. 197-1 КК. Виходимо з того, що вказана шкода власникові земельної ділянки чи землекористувачеві є результатом не самовільного зайняття земельної ділянки, а самовільного будівництва на такій ділянці – самостійного злочину, виділеного в окремий склад у ч. 3 ст. 197-1 КК України.

10. Чи належить самовільне зайняття земельної ділянки до числа триваючих злочинів?

За часів СРСР діяла постанова Пленуму Верховного Суду РРФСР від 5 серпня 1963 р. № 17 «Про судову практику по справах про самовільне захоплення землі і самовільне будівництво індивідуальних жилих будинків», у п. 8-а якої зазначалося, що самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво не є триваючими злочинами. Ця точка зору знаходила підтримку в юридичній літературі [46, с. 11; 47, с. 61].

Задовольняючи протест Генерального прокурора СРСР і скасовуючи всі судові рішення, винесені у справі К., у зв'язку із закінченням строку давності притягнення до кримінальної відповідальності, Пленум Верховного Суду СРСР визнав безпідставним оцінку вчиненого К. самовільного захоплення земельної ділянки як триваючого злочину. Було встановлено, що К. самовільно зайняв земельну ділянку, яка знаходилась у користуванні колгоспу, огородив та обробляв її, побудував на ній житловий будинок, в якому проживав разом із сім'єю. Через шість років К. додатково огородив і засіяв земельну ділянку площею 146 квадратних метрів. Мотивуючи неправильність визнання вчиненого К. діяння триваючим злочином, Пленум Верховного Суду СРСР зазначив, що порушення права державної власності на землю вважається закінченим з того моменту, коли суб'єкт почав огороджувати або обробляти земельну ділянку [48, с. 23–24].

В юридичній літературі із розглядуваного питання зустрічається і протилежна точка зору. Самовільне зайняття земельної ділянки визнається триваючим злочином, який розпочинається з моменту зайняття земельної ділянки і продовжується безперервно до припинення злочинних дій. Інакше кажучи, самовільне

зайняття земельної ділянки пов'язане з тривалим, безперервним невиконанням обов'язків, передбачених правовими нормами, і припиняється або виконанням регламентованих обов'язків, або притягненням винної у невиконанні цих обов'язків особи до відповідальності [49, с. 115; 50, с. 224–225]. Зокрема, Л.В. Мілімко з цього приводу зазначає: «Триваючим є адміністративний проступок, який полягає в довготривалому невиконанні вимог правової норми у вигляді дії чи бездіяльності, наприклад, самовільне зайняття земельної ділянки, яке виразилося у заволодінні нею і подальшому використанні протягом певного періоду до виявлення правопорушення компетентними органами» [49, с. 115]. За цією хибною, на наш погляд, логікою звичайна крадіжка чужого майна також є триваючим злочином, адже вона триватиме доти, доки винний не поверне викрадене майно потерпілому, не позбудеться викраденого, не буде викритий правоохоронними органами тощо.

Таку саму позицію займає Міністерство юстиції України, у роз'ясненні якого зазначається, що триваючі правопорушення характеризуються тим, що особа, яка вчинила певні дії чи бездіяльність, перебуває надалі в стані безперервного продовження цих дій (бездіяльності). Ці дії безперервно порушують закон протягом якогось часу. Іноді такий стан триває значний час, і весь час винний безперервно скоює правопорушення у вигляді невиконання покладених на нього обов'язків. Враховуючи це, якщо особа самовільно займає земельну ділянку протягом декількох років, вчинене нею правопорушення має вважатись триваючим [51]. Іноді викладена позиція сприймається судовою практикою.

Так, в ухвалі Судової палати в цивільних справах ВСУ від 23 жовтня 2003 р. вказується, що, враховуючи ту обставину, що земельним законодавством передбачено спеціальний порядок набуття права власності і права користування земельними ділянками, а самовільне зайняття особами земельних ділянок чи їх частини є незаконним і не породжує в таких осіб прав на ці ділянки, слід визнати, що правопорушення в зазначених правовідносинах є триваючими і строк позовної давності до цих правовідносин не застосовується [50, с. 224].

Ми не можемо погодитись із думкою про віднесення самовільного зайняття земельної ділянки до числа триваючих злочинів. Для останніх характерним є те, що тривале і постійне невиконання винним обов'язку, яке йде після вчинення первісного одноактного діяння, включається в об'єктивну сторону кримінально караного посягання, охоплюється складом конкретного злочину – незаконного носіння або зберігання вогнепальної зброї, незаконного позбавлення волі, тримання особи як заручника, зберігання порнографічних предметів, наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів тощо. «В тих же випадках, коли тривала дія чи бездіяльність, яка йде за первісним актом злочину, виходить за межі складу, злочин не повинен визнаватись триваючим» [52, с. 33]. При цьому злочин, передбачений ч. 1 ст. 197-1 КК України, визнається закінченим з того моменту, коли винна особа фактично заволоділа земельною ділянкою або розпочала її протиправну експлуатацію (освоєння), завдавши цим власнику земельної ділянки або її законному володільцю значної шкоди. Подальше невиконання земельно-правового, а не кримінально-правового за своїм характером обов'язку повернути самовільно зайняту земельну ділянку її власнику або законному володільцю складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, не охоплюється і з точки зору кримінально-правової оцінки вчиненого за цією нормою значення не має, скільки б часу воно не тривало. Накладення кримінальної відповідальності на винного за ч. 1 або ч. 2 ст. 197-1 КК України не виключає згідно зі ст. 212 ЗК України повернення самовільно зайнятої земельної ділянки власнику землі або землекористувачеві без відшкодування витрат, понесених за час незаконного користування нею.

11. Як співвідносяться кримінально каране самовільне зайняття земельної ділянки і злочини, передбачені ст. 189 і ст. 190 КК України?

Можливими є випадки заволодіння не земельною ділянкою, а правом на земельну ділянку. При цьому право на майно поряд із майном фігурує в диспозиціях статей 189, 190 КК України, присвячених, відповідно, вимаганню та шахрайству. В юридичній літературі висловлено думку про те, що у випадку самовільного зайняття земельної ділянки шляхом обману (наприклад, підроблення документів на право власності на землю або надання неправдивих відомостей при оформленні таких документів) дії винного необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 або ч. 2 ст. 197-1 і відповідною частиною ст. 190 КК України [53, с. 555; 54, с. 149].

Пропонована кваліфікація, на наш погляд, призведе до штучного утворення множинності злочинів (ідеальної сукупності) там, де насправді вона відсутня. Як слушно зауважує С.А. Тарарухін, співвідносність кримінально-правових норм за обсягом і змістом надає закону гнучкість, дозволяє кваліфікувати в його межах вчинене і уникати під час застосування закону нагромадження норм при правовій оцінці вчиненого злочину [55, с. 139]. Слід погодитись з В.О. Навроцьким у тому, що сукупність злочинів відсутня, коли заподіюються наслідки, які полягають у порушенні кількох тотожних об'єктів, причому шкода заподіюється одному і тому ж потерпілому [56, с. 343]. У ситуації, яку ми окреслили, має місце саме такий випадок.

У кримінально-правовій літературі справедливо зазначається, що з урахуванням фізичних та юридичних властивостей, притаманних нерухомому майну, його неправомірне придбання можливе в результаті обернення на користь винного або іншої особи тільки шляхом оформлення права на нерухомість. Земельні ділянки, як

і інші відокремлені природні ресурси, можуть визнаватись предметом злочинів проти власності тією мірою, якою їх оборот допускається законом, що передбачає вільне здійснення власником права володіння, користування і розпорядження такими об'єктами нерухомості. Знаходження нерухомих речей в одному і тому ж місці, їх унікальність і незамінність, як і володіння ними, з огляду на труднощі, пов'язані з їх оборотоздатністю, означає, що жодне речове право на нерухоме майно не може припинитись або виникнути без здійснення особливого публічного акту, дозволяє легко встановити власника нерухомості і поновити його порушені права. Таким чином, єдино можливими формами злочинного придбання нерухомого майна (зокрема, земельної ділянки) виступають шахрайство і вимагання [57, с. 141–150, 157, 162–163; 58, с. 11–19]. Включення ст. 197-1 до КК України П.В. Олійник розцінює як підтвердження тези про те, що незаконно розпорядитись чужою нерухомістю винний може не інакше, як попередньо вступивши публічним шляхом у право власності. Тому перед особою, яка захопила нерухомість, виникає дилема – або обмежитися тимчасовим володінням, або отримати правомочності власника (зокрема, переоформити відповідні документи на своє ім'я) [59, с. 85].

На відміну від заволодіння чужим нерухомим майном, при якому порушується лише фактичний зв'язок власника з цим майном, але не порушується юридичний зв'язок, при шахрайстві та вимаганні порушується саме юридичний зв'язок власника і майна. За вдалим висловлюванням І.А. Клепицького, особа, котра неправомірно заволодіває нерухомістю, залишається «прикутою» до місця правопорушення [58, с. 12]. Скільки б часу земля не була самовільно зайнятою, ніхто не може стати її власником за цією підставою [60, с. 79]. Тут доречно пригадати, що дореволюційний дослідник М.Д. Сергієвський ситуації на кшталт складання на чужій землі якихось предметів охоплював поняттям самовільного використання майна, відмінного від викрадення чужого майна, його привласнення, розтрата або шахрайства, а так само від знищення і пошкодження чужого майна [61, с. 538–554].

Таким чином, у випадках, коли особа заволодіває правом на земельну ділянку шляхом шахрайства чи вимагання, її дії мають кваліфікуватися лише за ст. 189 або ст. 190 КК України. Зазначені дії порушують юридичний зв'язок власника із земельною ділянкою, що не характерно для самовільного зайняття земельної ділянки, при якому заволодіння носить тимчасовий характер і порушує лише фактичний зв'язок власника із земельною ділянкою. Дії особи, котра самовільно зайняла земельну ділянку, за наявності в неї мети надалі оформити необхідні документи, які підтверджуватимуть право на цю земельну ділянку, необхідно кваліфікувати як самовільне зайняття земельної ділянки, а не як замах на шахрайство чи вимагання.

12. Як співвідносяться склади злочинів, передбачених ч. 1 (ч. 2) та ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України?

У практичній діяльності через особливості викладення диспозиції ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України можуть виникати проблеми у частині кваліфікації самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці. У випадках поєднання самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва на ній ми маємо справу з випадком, про який вів мову В.М. Кудрявцев, котрий відзначав, що труднощі при кваліфікації злочинів у випадках їх реальної сукупності виникають тоді, коли вчинене складається з декількох епізодів з невеликими проміжками в часі; причому вчинені дії можуть розглядатися або як самостійні злочини (реальна сукупність), або як елементи одного складеного злочину [62, с. 259].

Підтверджують неабияку практичну значущість вирішення цього питання і вивчені нами матеріали судової практики, з яких випливає, що одні випадки будівництва на самовільно зайнятих земельних ділянках кваліфікуються лише за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України, а інші – за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 (ч. 2) та ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України.

У радянські часи цю проблему кваліфікації була покликана вирішити постанова Пленуму Верховного Суду РРФСР від 5 серпня 1963 р. № 17 «Про судову практику по справах про самовільне захоплення землі і самовільне будівництво індивідуальних жилих будинків». У п. 7 названої постанови вказувалось, що в тих випадках, коли самовільному будівництву передують самовільне захоплення землі, дії особи утворюють єдиний злочин, передбачений ч. 2 ст. 199 КК, і тому кваліфікувати вказані дії за сукупністю ч. 1 та ч. 2 ст. 199 КК немає потреби. Оцінюючи це роз'яснення, В.О. Навроцький пише, що таке тлумачення, дане авторитетним судовим органом, сприяло формуванню узагальненого висновку про те, що не можуть утворювати ідеальну сукупність злочинів діяння, передбачені різними частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини КК [63, с. 269].

Всупереч роз'ясненню, наведеному у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду РРФСР від 5 серпня 1963 р. № 17, у науково-практичному коментарі до ст. 199 КК УРСР 1960 р. (автор коментарю – М.І. Бажанов) зазначалось таке: якщо самовільне будівництво має місце на земельній ділянці, отриманій із порушенням законів про націоналізацію землі (зокрема, на самовільно захопленій), відповідальність настає за сукупністю злочинів – за ч. 1 і ч. 2 ст. 199 КК [64, с. 677]. Вважаємо, що саме таке тлумачення кримінального закону відповідає загальноновизнаним правилам кримінально-правової кваліфікації. «Якщо в різних частинах статті Особливої частини передбачені різні склади злочинів, то це означає, що ознаки кожного із них не є частиною ознак одного та того самого складу злочину, а існують самостійно. Тут є відмінність від ситуації з кваліфікацією злочину, також передбаченого різними частинами статті Особливої частини, але ознаки якого утворюють склади, різні за ступенем суспільної небезпеки» [56, с. 269].

Отже, якщо користування самовільно зайнятою земельною ділянкою набуває вигляду самовільного будівництва на ній будівлі чи споруди, дії винного (за наявності до цього підстав) треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 3 ст. 197-1 КК України (або ч. 2 і ч. 4 ст. 197-1 КК України), оскільки в такій ситуації має місце сукупність злочинів, утворена діяннями, передбаченими різними частинами однієї статті Особливої частини КК України. Правильність такої позиції підтверджується як законодавчим визначенням сукупності злочинів (ч. 1 ст. 33 КК України), так і п. 20 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», згідно з яким передбачені у ст. 70 КК України правила призначення покарання за сукупністю злочинів застосовуються у випадках самостійної кваліфікації вчиненого у т. ч. за різними частинами однієї статті КК України, якими передбачено відповідальність за окремі склади злочинів і які мають самостійні санкції.

Прикладом дотримання правил кримінально-правової кваліфікації може слугувати рішення Мостиського районного суду Львівської області, яким було встановлено, що Ч. спочатку самовільно зайняв земельну ділянку площею 31,5 квадратних метрів у санітарно-захисній зоні залізничної колії, а потім самовільно здійснив будівництво житлового приміщення-прибудови на самовільно зайнятій земельній ділянці. На підставі цього дії Ч., який вчинив два різні злочини – самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво на ній, отримали правильну кримінально-правову оцінку з посиланням як на ч. 2, так і на ч. 4 ст. 197-1 КК України [65].

Обґрунтованим слід вважати і рішення Бариськівського районного суду Київської області, який кваліфікував дії Х., котрий самовільно захопив суміжну з орендованою ним земельну ділянку, розташовану у 3-метровій охоронній зоні теплопроводу, та розпочав на ній будівництво торгових павільйонів, за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 та ч. 4 ст. 197-1 КК України [66].

Водночас викликає сумнів правильність кваліфікації не за вказаною сукупністю злочинів, а лише за ч. 3 ст. 197-1 КК України Центральним районним судом м. Миколаєва дій К., котрий спочатку вчинив самовільне зайняття земельної ділянки, а згодом – самовільне будівництво на ній [67].

Так само не можемо погодитися з кваліфікацією Комінтернівським районним судом Одеської області лише за ч. 4 ст. 197-1 КК України дій Р., котрий спочатку самовільно зайняв земельну ділянку, що входить до складу земель санітарної охорони, шляхом організації виконання робіт найманими особами щодо її огороження, а згодом здійснив на ній будівництво дев'ятнадцяти будівель та споруд [68].

У вказаному прикладі, як і в попередньому, дії винного повинні були кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 та ч. 4 ст. 197-1 КК України.

Зрозуміло, що викладеним вище проблеми кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки не вичерпуються, що підтверджується зверненням до юридичної літератури [69; 70; 71].

1. Захарчук В. М. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. – Львів, 2014. – 231 с.
2. Дударець Д. В. Самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво за Кримінальним кодексом України: порівняльний аспект, проблеми формулювання та перспективи удосконалення // Судова апеляція. – 2009. – № 3. – С. 37–48.
3. Архів Верховного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-249 за 2010 р.
4. Архів Килийського районного суду Одеської області. Справа № 1-182 за 2009 р.
5. Архів Верховного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-249 за 2010 р.
6. Архів Збаразького районного суду Тернопільської області. Справа № 598/2214 за 2014 р.
7. Архів Покровського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-111 за 2011 р.
8. Літопис кафедри трудового, земельного та екологічного права. За наук. ред. академіка АПРн України Андрейцева В. І. – К., 2007. – 224 с.
9. Кулинич П. Право на земельну частку (пай) та його реалізація // Юридичний журнал. – 2003. – № 2. – С. 78–83.
10. Вівчаренко О. А. Правова охорона земель в Україні: монографія. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 336 с.
11. Мірошніченко А. М. Земельне право України: підручник. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 712 с.
12. Кулинич П. Трансформація власнісного статусу земель, переданих колективним сільськогосподарським підприємствам у колективну власність // Приватизація землі: закон, практика, проблеми. – 2005. – № 5. – С. 15–20.
13. Дрозд О. Ю. Адміністративна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. – К., 2010. – 273 с.

14. Швець В. Д., Грицак В. М., Василькевич Я. І., Гацелюк В. О. Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / Вступне слово проф. Мельника М. І. – К.: Атіка, 2008. – 244 с.
15. Брич Л. Значення суспільно небезпечного діяння у розмежуванні складів злочинів та відмежуванні їх від складів адміністративних правопорушень // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2011. – Вип. 53. – С. 290–306.
16. Бублейник В. А., Терещенко А. І. Кримінально-правова характеристика самовільного зайняття земельної ділянки // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 2. – С. 221–232.
17. Архів Голосіївського районного суду м. Києва. Справа № 1-902 за 2010 р.
18. Архів Новокаховського міського суду Херсонської області. Справа № 2117/1-66 за 2011 р.
19. Дудоров О. О. Відгук офіційного опонента на дисертацію Захарчука Віктора Миколайовича «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво за кримінальним правом України», подану на здобуття наукового ступеня кандидат юридичних наук зі спеціальності 12.00.08. – Львів, 2014. – 17 с.
20. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – 2-ге вид. – Київ: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
21. Архів Сніжнянського районного суду Донецької області. Справа № 244/653 за 2014 р.
22. Вовк Ю. А. Советское природоресурсное право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть. – Х.: Вища школа, изд-во при Харьк. ун-те, 1986. – 160 с.
23. Земельное право России: учеб. по специальности «Правоведение» / Е. Н. Колотинская, Н. Н. Осокин, А. К. Голиченков и др.; под ред. В. В. Петрова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. – 302 с.
24. Рябов А. А. Ответственность за нарушения законодательства о землепользовании / отв. ред. Н. И. Краснов. – М.: Юрид. лит., 1981. – 86 с.
25. Шульга М. Набувальна давність на земельну ділянку: на шляху з минулого у майбутнє // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 4. – С. 116–125.
26. Маковій В. П. Набуття речового права на земельну ділянку за давністю: реалії та перспективи // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 3. – С. 129–141.
27. Антонюк Н. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво // Вісник прокуратури. – 2008. – № 1. – С. 77–87.
28. Архів Шевченківського районного суду м. Львова. Справа № 466/3662 за 2014 р.
29. Архів Київського районного суду м. Сімферополя. Справа № 1-337 за 2008 р.
30. Архів Запорізького районного суду Запорізької області. Справа № 1-142 за 2010 р.
31. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с.
32. Рябов А. А. Охрана права государственной собственности на природные ресурсы СССР. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1982. – 144 с.
33. Архів Новокаховського міського суду Херсонської області. Справа № 1-89 за 2010 р.
34. Архів Краснолуцького міського суду Луганської області. Справа № 1-516 за 2007 р.
35. Архів Сихівського районного суду м. Львова. Справа № 1-277 за 2009 р.
36. Бородин А., Качмар О. «Самовольное занятие земельных участков»: вопросы квалификации и отграничения // Юридическая практика. – 3 июня 2008 г. – № 23.
37. Архів Білозерського районного суду Херсонської області. Справа № 1-213 за 2011 р.
38. Архів Тернівського районного суду м. Кривого Рогу. Справа № 215/6478 за 2014 р.
39. Матеріали Горностаївської районної прокуратури Херсонської області. Справа № 630045-10 за 2010 р.
40. Макаренко В. С. Щодо підстав примусового припинення права користування земельною ділянкою [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastic.php.

41. Лисанець О. С. Проблеми самовільного зайняття земельної ділянки в контексті орендних відносин // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту : www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnuvs/2010_50/index.htm.
42. Архів Скадовського районного суду Херсонської області. Справа № 1-308 за 2010 р.
43. Спіцина Л. В. Заміна сторони у договорі оренди землі: підстави, порядок, наслідки [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту : www.stride.com.ua/stride/men/index.php.
44. Практика розгляду судами земельних справ, 2009 // Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 2010. – № 5. – С. 326–331.
45. Чепка О. В. Заходи щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 197-1 КК України // Право і суспільство. – 2010. – № 2. – С. 144–149.
46. Костров Г., Курбанов А. Ответственность за самовольный захват земли и самовольное строительство // Советская юстиция. – 1976. – № 5. – С. 10–12.
47. Лавренюк В., Федоров В. Про відповідальність за самовільний захват землі // Радянське право. – 1986. – № 4. – С. 61–62.
48. Практика прокурорського надзора при рассмотрении судами уголовных дел: сборник документов. – М. : Юрид. лит., 1987. – 671 с.
49. Мілімко Л. В. Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері земельних відносин : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. – Ірпінь, 2009. – 192 с.
50. Терлецька Л. М. Відшкодування збитків власникам земель та землекористувачам при самовільному зайнятті земельних ділянок // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. Випуск 52. – Одеса : Юридична література, 2010. – С. 221–226.
51. Лист Міністерства юстиції України від 1 грудня 2003 р. № 22-34-1465 «Щодо скоєння особою триваючого правопорушення».
52. Ришелюк А. Проблематика триваючого злочину // Радянське право. – 1991. – № 5. – С. 33–34.
53. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенко. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К. : Дакор, 2008. – 1428 с.
54. Дякін Я. Класифікація злочинів у сфері земельних відносин // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 2. – С. 148–151.
55. Тарарухин С. А. Квалификация преступлений в следственной и судебной практике. – К. : Юринком, 1995. – 208 с.
56. Навроцький В. О. Основы кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
57. Бойцов А. И. Преступления против собственности. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2002. – 775 с.
58. Клепицкий И. А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 11–19.
59. Олійник П. В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: монографія. – Х. : Право, 2011. – 208 с.
60. Тайлашев Б. В. Криминализация земельных отношений // Власть: криминологические и правовые проблемы. – М., 2000. – С. 77–82.
61. Сергеевский Н. Д. Избранные труды / Отв. ред. и автор библиографического очерка А. И. Чучаев. – М. : ООО «Издательский дом «Буквояд», 2008. – 606 с.
62. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М. : Юрист, 1999. – 304 с.
63. Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К. : Атіка, 1999. – 464 с.
64. Уголовный кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий / Н. Ф. Антонов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак и др. – К. : Политиздат, 1987. – 880 с.
65. Архів Мостиського районного суду Львівської області. Справа № 448/1807 за 2014 р.

66. Архів Баришівського районного суду Київської області. Справа № 1-74 за 2008 р.
67. Архів Центрального районного суду м. Миколаєва. Справа № 1а-5-24 за 2007 р.
68. Архів Комінтернівського районного суду Одеської області. Справа № 504/28 за 2014 р.
69. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво : монографія. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. – 400 с.
70. Дудоров О., Мовчан Р. Про спроби удосконалити законодавство щодо відповідальності за земельні правопорушення // Юридичний вісник України. – 6–12 липня 2013 р. – № 27.
71. Кулинич П. Земельно-пайові «лабіринти» // Юридичний вісник України. – 9–15 листопада 2013 р. – № 45; 16–22 листопада 2013 р. – № 46.

ПРО СПРОБИ УДОСКОНАЛИТИ ЗАКОНОДАВСТВО ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЕМЕЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ¹

Ч. 1 ст. 14 Конституції України проголосила землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Реалізація цього конституційного положення значною мірою залежить від здатності держави створити ефективний механізм протидії земельним правопорушенням. Ураховуючи те, що земельне законодавство не містить усього арсеналу заходів, покликаних впливати на суб'єктів земельних правопорушень, у переважній своїй більшості заходи боротьби з порушниками земельного законодавства знаходять своє відображення у нормах адміністративного та кримінального законодавства.

Ситуацію, яка склалася на сьогодні у сфері земельних відносин, на жаль, можна охарактеризувати одним словом – беззаконня. І чи не найбільш прикритим у зв'язку з цим є те, що нерідко саме норми чинного законодавства, завданням яких є створення ефективного механізму протидії земельним правопорушенням, формують максимально зручне підґрунтя для того, щоб у царині земельних відносин панувало беззаконня. Типовою для вітчизняного законотворення є ситуація, коли начебто добрі наміри нівелюються невисокою якістю прийнятого нормативно-правового акту, зумовленою відсутністю належного теоретичного обґрунтування, ігноруванням правил законодавчої техніки, поспішністю в ухваленні рішень тощо. У цій статті ми розглянемо лише деякі випадки того, чим останніми роками закінчувалися спроби законодавця удосконалити механізм протидії порушенням земельного законодавства.

Спроба перша: відмежування самовільного зайняття земельної ділянки від використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа

Законом від 11 січня 2007 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки» КК України був доповнений статтею 197-1 «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво». Не зупиняючись на всіх вадах вказаного Закону, які були проаналізовані нами раніше (див.: Дудоров О.О., Р.О. Мовчан. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія. – Луганськ, 2012. – 400 с.), зазначимо лише таке.

Одним із найбільш дискусійних у світлі прийняття цього Закону було питання про суть самовільного зайняття земельної ділянки. Нагадаємо, що згідно з нормами чинного на той час законодавства до самовільного зайняття відносили користування наданою земельною ділянкою до здійснення відведення землі в натурі (на місцевості) та одержання і реєстрації документа, що посвідчує право на землю. Таке розуміння самовільного зайняття земельної ділянки прямо випливало зі ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель».

Водночас чимало дослідників звертали увагу на недосконалість відповідного легального визначення, наголошуючи на тому, що не будь-яке заволодіння земельною ділянкою без належним чином оформленого і зареєстрованого правовстановлюючого документа може розглядатись як самовільне зайняття земельної ділянки, і що у це поняття в Законі «Про державний контроль за використанням та охороною земель» вкладався занадто широкий зміст. Малось на увазі, зокрема, те, що в Україні одержання та реєстрація державного акта про право на землю триває в середньому від шести місяців до двох років, і використання протягом цього проміжку часу земельної ділянки, наданої особі за рішенням уповноваженого органу або отриманої на іншій законній підставі, слід визнавати не самовільним зайняттям земельної ділянки, а використанням останньої без правовстановлюючого документа. Унаслідок існуючої в Україні системи державної реєстрації прав на землю, коли без окремої плати за «прискорення» на неї можна чекати роками, у стані «з договорами, але без державної реєстрації» нині працює велика кількість сільськогосподарських товаровиробників, а мільйони селян з цієї причини обробляють свої городи та паї без державних актів (див.: Туглук В. Відстоювання законних прав розцінюється як злочин? // Урядовий кур'єр. – 25 січня 2012 р. – № 14). Тому все частіше лунали адресовані законодавцю заклики уточнити визначення самовільного зайняття земельної ділянки і водночас передбачити в окремій правовій нормі відповідальність за використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа.

Врешті-решт викладена позиція певною мірою знайшла законодавчу підтримку, що виразилося в ухваленні Закону від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства». У пояснювальній записці від 10 січня 2007 р., в якій обґрунтовувалась необхідність прийняття вказаного Закону, йшлося, зокрема, про те, що законопроект пропонується: визначити на законодавчому рівні термін «використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа»; уточнити поняття «самовільне зайняття земельних ділянок»; встановити

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний вісник України. – 6–12 липня 2013 р. – № 27.

адміністративну відповідальність за використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа. Вказувалось на обумовленість зазначених змін необхідністю однакового тлумачення і застосування законодавства при кваліфікації земельних правопорушень. Як показовий приклад неправильного застосування закону в пояснювальній записці наводилась типова і вже згадана нами ситуація, коли громадяни та юридичні особи, яким земельні ділянки були надані у власність чи користування рішеннями органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, приступали до їх використання до оформлення правовстановлюючих документів, і така їх поведінка розцінювалась як самовільне зайняття земельної ділянки. Однак у цьому випадку, слушно стверджували розробники законопроекту, має місце використання земельних ділянок без правовстановлюючих документів, за що у КпАП відповідальності не передбачено.

Як бачимо, у пояснювальній записці йшлося про необхідність розмежування понять «самовільне зайняття земельної ділянки» та «використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа» шляхом вилучення з легального визначення першого з названих понять ознак використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа, які мали бути перенесені у визначення окремого правопорушення – використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа, зміст якого мав розкриватися у ст. 1 Закону «Про державний контроль за використанням та охороною земель» і відповідальність за вчинення якого повинна була передбачатися у новій статті КпАП.

За таких обставин вельми дивує той факт, що у законопроекті жодного слова не говорилось про встановлення адміністративної відповідальності за використання земельної ділянки без правовстановлюючих документів і не розкривався зміст цього поняття. Більше того: у висновках Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 18 квітня 2007 р. і Головного юридичного управління Верховної Ради України від 28 січня 2008 р. на відповідний законопроект ці питання також були залишені поза увагою.

У контексті прийняття Закону України від 15 квітня 2008 р. звертає на себе увагу ще одна дивна обставина. Відповідний законопроект із пояснювальною запискою до нього було подано до парламенту 10 січня 2007 р. – за день до ухвалення Закону України від 11 січня 2007 р., на підставі якого самовільне зайняття земельної ділянки визнане самостійним злочином проти власності. Оцінюючи цей факт, ми не можемо не запитати: чому законодавець, знаючи (як це впливає із згаданої пояснювальної записки) про існуючу проблему розмежування самовільного зайняття земельної ділянки та використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа, все ж запровадив кримінальну відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки? Адже зрозуміло, що таким чином відповідна проблема була автоматично «розповсюджена» і на сферу кримінального права, викликаючи серйозні труднощі, пов'язані із застосуванням ст. 197-1 КК України.

Таким чином, проблема розмежування самовільного зайняття земельної ділянки та використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа наразі вирішена лише частково. Зайняття земельної ділянки вважається самовільним за відсутності відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про її передачу у власність або надання в користування (оренду) або за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки, за винятком дій, які відповідно до закону є правомірними. Тобто чинною легальною дефініцією самовільного зайняття земельної ділянки справедливо не охоплюються випадки зайняття земельної ділянки до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації. Разом з тим юридична відповідальність за використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа чинним законодавством не передбачена, що не сприяє дотриманню законності у сфері земельних відносин. Адже відсутність такої відповідальності провокує невиконання дій щодо отримання правовстановлюючих документів.

З огляду на сказане, вважаємо за необхідне розкрити в Законі України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» поняття «використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа». Відповідне визначення могло б мати такий вигляд: це – будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання земельної ділянки за відсутності документів, що посвідчують право власності чи користування земельною ділянкою, або без державної реєстрації прав на земельну ділянку, за наявності прийнятого відповідно до законодавства рішення органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування про передачу у власність чи надання в користування земельної ділянки, або правочину, яким засвідчується перехід прав на земельну ділянку від попереднього власника чи землекористувача до особи, котра користується земельною ділянкою, а так само за наявності закону, рішення суду чи інших, передбачених законодавством юридичних фактів, які підтверджують виникнення в особи права власності чи користування земельною ділянкою.

Також вважаємо за доцільне доповнити КпАП статтю 53-6, присвячену використанню земельної ділянки без правовстановлюючого документа. Крім того, ч. 1 ст. 211 Земельного кодексу України, що містить перелік земельних правопорушень, має бути доповнена пунктом «л», в якому слід зазначити таке правопорушення, як використання земельної ділянки без правовстановлюючого документа.

Спроба друга: про відповідальність за порушення строків видачі правовстановлюючих документів на земельні ділянки

16 червня 2011 р. прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури посвідчення права власності на землю». Ним, зокрема, було встановлено: 1) строк видачі державного акта на право власності на земельну ділянку у певних випадках (зміни до ст. 126 ЗК України); 2) відповідальність за порушення цього строку (доповнення КпАП статтею 53-5 «Порушення строків видачі державного акта на право власності на земельну ділянку»).

Фахівці Головного юридичного управління Верховної Ради України у своєму висновку на відповідний законопроект цілком слушно акцентували увагу на тому, що у законопроекті йшлося про запровадження адміністративної відповідальності за порушення посадовою особою встановленого законодавством строку видачі державного акта на право власності на земельну ділянку. Однак така відповідальність поширюватиметься лише на окремі випадки отримання державних актів, строки видачі для яких вже передбачені законодавством, а також на випадки, для яких строки видачі державних актів встановлюються законопроектом. Водночас законодавством не встановлений, наприклад, строк видачі державного акта на земельну ділянку у випадку її безоплатної передачі у власність громадянам. Відтак, положення про відповідальність посадової особи за порушення встановленого законодавством строку видачі державного акта на право власності на земельну ділянку на ці випадки не поширюватиметься. Незважаючи на це справедливе зауваження, законодавець не визнав за доцільне встановити строк видачі державного акта на право власності на земельну ділянку для усіх без винятку ситуацій та встановити вже після цього відповідальність за недотримання такого строку.

Хотілось би також звернути увагу на той факт, що на момент прийняття Закону від 16 червня 2011 р. державний акт посвідчував не лише право власності, а і право постійного користування земельною ділянкою. Але «завдяки» рішенню вітчизняних парламентаріїв, які у ст. 53-5 КпАП встановили відповідальність за «порушення посадовою особою встановленого законодавством строку видачі державного акта на *право власності* на земельну ділянку», таке діяння, як порушення строку видачі державного акта на право постійного користування земельною ділянкою, продовжувало залишатись безкарним.

Проте більше такої собі недбалості при використанні законодавчої термінології, приклад якої наведено вище, дивує наступний факт. Закон, яким було запроваджено адміністративну відповідальність за порушення строків видачі державного акта на право власності на земельну ділянку, був прийнятий, як вже зазначалось, 16 червня 2011 р. А вже 7 липня 2011 р., тобто всього через три тижні після цього ухвалюється Закон України «Про державний земельний кадастр», яким, поміж іншого, повністю змінюється процедура оформлення прав на земельну ділянку. Цим Законом передбачено викладення ст. 126 ЗК України, в якій до цього йшлося про державний акт як основний документ, що посвідчує право власності на землю, у такій редакції: «Право власності, користування земельною ділянкою оформлюється відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Отже, з моменту набрання чинності Законом від 7 липня 2011 р. (1 січня 2013 р.) процедура видачі державних актів на землю скасована, а це ставить під сумнів необхідність встановлення і, головне, збереження на сьогодні адміністративної відповідальності за порушення строків видачі таких державних актів.

Більше того: 28 серпня 2012 р. народним депутатом України С.Г. Міщенком на розгляд Верховної Ради України був внесений проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відстоювання прав громадян у земельних відносинах) (реєстраційний № 1111)», яким пропонувалося передбачити *кримінальну* відповідальність (ст. 239-3 КК України) за систематичне порушення та затягування органами і посадовими особами місцевого самоврядування строків видачі трьох або більше державних актів на право власності на земельну ділянку. У зв'язку з цим поданням постає запитання: невже розробник цього законопроекту не знав, що вже через чотири місяці процедура видачі державних актів буде скасована, що позбавляє сенсу криміналізацію відповідної поведінки чиновників?

Викладене дозволяє зробити певні висновки щодо системності (а точніше її відсутності) в діяльності наших парламентаріїв принаймні у частині регламентації відповідальності за земельні правопорушення.

Наразі в Україні відсутня відповідальність за порушення строків видачі документів, що посвідчують права на землю, оскільки у ст. 53-5 КпАП не говориться про порушення строків видачі документів, які передбачені чинним законодавством як такі, що підтверджують право на земельну ділянку. Мається на увазі, зокрема, свідоцтво про право власності на нерухоме майно, яке, серед іншого, видається фізичним та юридичним особам у разі безоплатної передачі їм земельної ділянки із земель державної чи комунальної власності і є підставою для державної реєстрації прав на земельну ділянку (ст. 18 і ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»).

Спроба третя: про відповідальність за правопорушенням у сфері охорони ґрунтів

15 листопада 2009 р. приймається Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля», на підставі якого КпАП доповнюється статтею 53-4

«Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель», а КК України – статтею 239-1 «Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель» і статтею 239-2 «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах».

Перша обставина, яка звертає на себе увагу при аналізі вказаного Закону, – це відсутність єдиного підходу при визначенні предметів правопорушень. Так, у нормах, якими встановлено відповідальність за порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, паралельно вживаються такі термінологічні звороти, як «ґрунтовий покрив земельних ділянок» (ст. 53-3 КпАП), «ґрунтовий покрив (поверхневий шар) земель» (ст. 53-4 КпАП, ст. 239-1 КК), «поверхневий (ґрунтовий) шар земель» (ст. 239-2 КК України). Порушення вимоги уніфікації законодавчої термінології спостерігається і при формулюванні окремих правових норм, присвячених правопорушенням у сфері охорони ґрунтів. Зокрема, ст. 239-2 КК має назву «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах», а у диспозиції ч. 1 цієї статті йдеться вже про незаконне заволодіння *поверхневим (ґрунтовим) шаром земель* водного фонду в особливо великих розмірах. Цілком очевидно, що зміст диспозиції ч. 1 ст. 239-2 КК не повністю узгоджується з назвою цієї статті КК.

Вирішення питання, використання якого з наведених термінологічних зворотів у КК і КпАП було б найбільш доречним, не входить до завдань цього дослідження. Зазначимо лише, що земельне законодавство, на яке у цьому разі мав би (з огляду на бланкетність диспозицій згаданих кримінально-правових заборон) орієнтуватись наш законодавець, веде мову про заборону зняття та перенесення без спеціального дозволу «*ґрунтового покриву земельних ділянок*» (ч. 2 ст. 168 ЗК України), як це і вказано у ст. 53-3 КпАП, а не «ґрунтового покриву (поверхневого шару) земель» чи «поверхневого (ґрунтового) шару земель», про що йдеться у нових статтях КпАП і КК. До речі, наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 4 січня 2005 р. № 1 затверджено Порядок видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок.

Варто звернути увагу і на ту обставину, що у ст. 239-2 КК України встановлено відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду саме в особливо великих розмірах. Навіть оминаючи дискусійне питання, яким критерієм керувався законодавець при визначенні кількісного показника відповідних розмірів як криміноутворюючої ознаки, вкажемо на дискусійність такого описання розглядуваної кримінально-правової норми.

По-перше, у жодній іншій статті Особливої частини КК України відповідальність за основний склад злочину не пов'язується із вчиненням діяння в особливо великому розмірі або заподіянням шкоди в особливо великому розмірі. По-друге, як це впливає з примітки до ст. 239-2 КК, особливі великі розміри мають місце у разі, якщо обсяг поверхневого (ґрунтового) шару земель становить більше, ніж десять кубічних метрів. Таке описання предмета злочину, вочевидь, не відповідає усталеній законодавчій практиці побудови норм КК. По-третє, встановивши у ч. 1 ст. 239-2 КК кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах, законодавець не визнав за потрібне передбачити в КпАП самостійну відповідальність ні за «просте» незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, ні за незаконне заволодіння цим шаром у великому розмірі. Складається враження, що чинним законодавством передбачено лише один вид відповідальності (кримінальна) за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, причому відразу за вчинення цих дій в особливо великих розмірах.

Чим же пояснюється обрання такого незвичного варіанту конструювання кримінально-правової заборони? На наш погляд, причини цього треба шукати в історії формування відповідних правових норм.

Прийняттю Закону від 15 листопада 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» передувало розроблення відповідного законопроекту, який у первинній своїй редакції мав назву «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)» (реєстраційний № 3417 від 27 листопада 2008 р.). Цим законопроектом пропонувалося, зокрема, встановити адміністративну відповідальність за незаконне заволодіння землями водного фонду (нова ст. 53-4 КпАП), а також доповнити КК новими складами злочинів – «Порушення правил користування землями водного фонду» і «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах» (ст. ст. 239-1, 239-2 КК, відповідно). При цьому у проєкті диспозиції ст. 53-4 КпАП мова йшла про незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду у великих розмірах.

Отже, якби цей законопроект був ухвалений як закон в його первинній редакції, була б встановлена адміністративна відповідальність за незаконне заволодіння землями водного фонду у великому розмірі і (логічно) кримінальна відповідальність за ті ж дії, вчинені в особливо великому розмірі. Однак у результаті численних обговорень та внесень поправок до згаданого законопроекту КпАП був доповнений ст. 53-4, в якій говориться не про незаконне заволодіння землями водного фонду у великому розмірі, а про незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель. Виходить, що законодавець або просто «забув»

встановити адміністративну відповідальність за незаконне заволодіння землями водного фонду у великому розмірі, або вважає, що такі дії утворюють склад адміністративного проступку, передбаченого ст. 53-4 КпАП.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що каране за ст. 239-1 КК заволодіння ґрунтовим покривом земель має визнаватись незаконним і в тому разі, коли власники земельних ділянок (землекористувачі) здійснюють зняття і перенесення поверхневого шару земель із порушенням вимог виданих їм дозволів (див.: Берзін П.С. Проблеми розмежування незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель від злочинів проти власності // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23-24 вересня 2011 р. – Львів, 2011. – С. 44). Видається однак, що вказану протиправну поведінку немає достатніх підстав розцінювати саме як незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель, як цього вимагає чинний кримінальний закон. Невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту, допущене особами, які отримали належні дозволи, на наш погляд, має визнаватись не злочином, а адміністративним проступком (ст. 53-3 КпАП). У будь-якому разі констатуємо, що позначене дискусійне питання породжене нечіткістю позиції законодавця.

З урахуванням історичного і системного тлумачення закону під заволодінням поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду можна розуміти, зокрема, штучне створення земельної ділянки, у тому числі шляхом наміву ґрунту за допомогою земснарядів та іншої техніки (так звані гідронаміви), вчинення інших дій із зміни рельєфу земель водного фонду (наприклад, підняття рівня ґрунту до незатоплюваних позначок з метою використання земельної ділянки для будівництва), викопування штучних водоймищ, влаштування гребель, дамб, причалів.

Взагалі ж за чинних редакцій ст. 239-1 і ст. 239-2 КК точне визначення ознак об'єктивної сторони передбачених ними складів злочинів проти довкілля є доволі проблематичним, що, у свою чергу, здатне унеможливити застосування цих кримінально-правових заборон на практиці. Показово, що протягом 2012 р. за ст. 239-1 і ст. 239-2 КК України не було засуджено жодної особи.

Здійснений аналіз, попри його зрозумілу фрагментарність, дозволяє зробити загальний висновок про те, що вітчизняне законодавство, покликане забезпечувати законність у сфері земельних відносин, характеризується кричущою безсистемністю, а намагання його удосконалити нерідко призводять лише до «заплутування» правозастосовних органів.

Для удосконалення механізму протидії земельним правопорушенням потрібно: 1) забезпечити стабільність і системність державної політики у сфері протидії порушенням земельного законодавства; 2) припинити практику ухвалення законів із мотивів політичної доцільності. Адже, як справедливо відмічає В.Я. Тацій, тільки виважене і розумне, засноване на аналізі реальних потреб суспільства сполучення стабільності і динамічності норм закону про кримінальну відповідальність здатне забезпечити високу якість й ефективність його приписів (див.: Тацій В.Я. Стабільність та динамізм кримінального законодавства як запорука його якості та ефективності // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовтня 2012 р. – Х., 2012. – С. 13); 3) враховувати при формуванні законодавства надбання правової доктрини, у тому числі шляхом більш активного залучення до експертизи законопроектів провідних науковців, що забезпечить належне теоретичне підґрунтя для прийняття відповідних правових норм.

У ПОШУКАХ ОПТИМАЛЬНОЇ НАЗВИ РОЗДІЛУ VII ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ¹

Аналіз юридичної літератури, присвяченої проблемам кримінальної відповідальності за господарські (економічні) злочини, свідчить про відсутність належної уваги з боку вітчизняних науковців до питань адекватного позначення цих злочинів, обґрунтування їх виваженої назви з позиції розроблення якісного понятійного апарату КК України. При цьому в працях із кримінального права (як радянського, так і сучасного періодів) наведено чимало авторських тлумачень родового і видових об'єктів економічних (господарських) посягань, запропоновано якісно відмінні дефініції злочинів у сфері господарської діяльності (злочинів у сфері економічної діяльності, злочинів, що посягають на підприємницьку діяльність, комерційних злочинів тощо), зроблено більш чи менш успішні спроби класифікувати (систематизувати) такі кримінально карані діяння. Видається, що перераховані перспективні напрями наукових розвідок необхідно здійснювати і в подальшому, однак щоб бути послідовним, робити це варто після проведення дослідження, спрямованого на вироблення виваженого поняття, яке б охоплювало різноманіття економічних злочинів.

Перед тим, як приступити до безпосереднього виконання цього наукового завдання, вважаємо за потрібне визначитись, яка категорія застосовуватиметься нами в подальшому – «поняття» чи «термін». У своєму монографічному дослідженні, присвяченому проблематиці понятійного апарату Особливої частини КК України, З.А. Тростюк (Загинеї) відзначає переважне ототожнення цих двох категорій у роботах із кримінального права при тому, що між ними існують істотні відмінності. Кримінально-правове поняття – це ідеальний образ кримінально-правової дійсності, який існує у вигляді думки про істотні ознаки кримінально-правових суспільних відносин і є знаряддям їхнього пізнання. Натомість кримінально-правовий термін є словом (або словосполученням), яке використовується в статтях Особливої частини КК, однозначно виражає кримінально-правове поняття (категорію), послідовно використовується в ньому, яке незалежне від контексту, взаємопов'язане з іншими термінами КК та є стилістично нейтральним. Оскільки поняття є змістом, суттю, а термін – формою, явищем, вони не можуть існувати одне без одного. При цьому якщо «поняття» є рухливим, динамічним, перебуває в стані розвитку, прогресуючи в бік адекватного відображення дійсності, то «термін» становить собою статичну характеристику явища, предмета, процесу, що ним позначені [1, с. 11, 13, 16]. У контексті нашого дослідження викладені міркування вказують на доцільність віднесення словосполучень (зворотів) на кшталт «господарський злочин» і «економічний злочин» до категорії кримінально-правових понять.

Особлива природа господарських злочинів, чітко виражений бланкетний спосіб конструювання диспозицій статей кримінального закону, що їх визначають, залежність таких діянь від рівня розвитку та охорони економічних відносин у державі спонукають замислитись над їх виваженою, коректною назвою. «Комерційні», «економічні» (в деяких країнах також «білокомірцеві», «корпоративні» і «професійні»), «у сфері підприємництва» і, звичайно, «господарські» злочини – в юридичній літературі можна зустріти чимало варіацій понять, що охоплюють схожі за змістом кримінально карані діяння. Інколи констатується, що поняття «злочини економічної спрямованості» поряд із такими поняттями, як «економічна злочинність», «економічні злочини», «злочини у сфері економіки» і «злочини у сфері економічної діяльності», міцно увійшли в понятійний апарат криміналістики та інших галузей знання, а також широко використовуються практичними працівниками правоохоронних органів [2, с. 8]. Справедливо звертається увага на існування в кримінальному праві проблеми співвідношення понять «економічні злочини», «злочини у сфері економіки», «злочини у сфері економічної діяльності», «злочини економічної спрямованості» і «злочини економічного характеру» [3, с. 26]. Якщо ж врахувати ту обставину, що наведені словосполучення задіяні в обігу не лише юридичних, а і економічних наук, то завдання щодо визначення правильного поняття відповідних злочинів серйозно ускладнюється. Правий П.С. Яні, на думку якого межі поняття економічного злочину взагалі дуже складно чітко визначити в суворому кримінально-правовому сенсі, оскільки за ним (поняттям) завжди буде усвідомлюватися певна умовність [4, с. 32]. В літературі констатується також відсутність загальноприйнятого кримінологічного поняття «економічна злочинність», незважаючи на його поширення в науковому обігу. Це пов'язане не з недосконалістю механізмів наукового пізнання чи неефективною організацією наукового узагальнення, а з природою самої проблеми. Адже йдеться про явище, суть якого не виявлена до кінця; водночас вивчення цього питання справедливо названо потужним стимулом для безперервного пошуку нового змісту [5, с. 40].

Нагадаємо, що свого часу Кабінетом Міністрів України до парламенту вносився законопроект «Про боротьбу з економічною злочинністю» (реєстраційний № 2013 від 18 липня 2002 р.), в якому давалися розпльовані і, на нашу думку, загалом невдалі визначення економічного злочину (як передбаченого КК України суспільно небезпечного діяння, що посягає на майно та майнові права фізичних і юридичних осіб під час провадження господарської чи службової діяльності) та економічної злочинності (як сукупності злочинів у сфері господарської, службової діяльності та інших злочинів у сфері економіки).

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 2. – С. 176–186.

Метою пропонованої статті є розроблення оптимального позначення злочинних посягань, норми про відповідальність за які зосереджено в розділі VII Особливої частини КК України, на підставі юридичного аналізу і критичного зіставлення кримінально-правових понять «злочини у сфері господарської діяльності» («господарські злочини») та «злочини проти економічної діяльності» («економічні злочини»).

В історично-правовому аспекті варто нагадати, що кримінальне законодавство радянського періоду оперувало поняттям «господарські злочини». Таку назву мала, зокрема, глава VI Особливої частини КК України 1960 р. (цю ж назву мали відповідні глави КК інших радянських республік). Велика радянська енциклопедія визначала господарські злочини як суспільно небезпечні діяння, спрямовані на спричинення збитків соціалістичному господарству [6, с. 264].

Заради справедливості слід нагадати, що окремі радянські вчені вже у вісімдесяті роки минулого століття ставили питання про уточнення назви відповідних злочинів. Так, кримінально-правовій охороні економічної системи СРСР було присвячене одне із розширених засідань Координаційного бюро з проблем кримінального права, виступаючи на якому його голова Г.З. Анашкін вказав на доречність створення в КК розділу «Посягання проти економічної системи» [7, 16]. Подібну позицію займав Ю.І. Ляпунов [7, с. 22].

У ст. 4 Конституції УРСР 1937 р. зазначалось, що економічну основу Української РСР становлять соціалістична система господарства і соціалістична власність на знаряддя та засоби виробництва, що утвердилися внаслідок ліквідації капіталістичної системи господарства, скасування приватної власності на знаряддя та засоби виробництва і знищення експлуатації людини людиною. Глава 2 Конституції УРСР 1978 р. мала вже назву «Економічна система», а в її ст. 16 проголошувалось, що економіка України є складовою частиною єдиного народногосподарського комплексу, що охоплює всі ланки суспільного виробництва, розподілу й обміну на території СРСР. На прикладі наведених положень конституцій радянської України можемо спостерігати еволюцію законодавчої регламентації економічних відносин, їх чітко виражене ідеологічне наповнення, що не могло не впливати на розвиток кримінального закону.

Для порівняння: в ч. 4 ст. 13 чинної Конституції України закріплено положення про те, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Як бачимо, Основний Закон нашої держави оперує поняттями «господарювання» та «економіка». Далі: в ст. 42 Конституції України написано, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Основний Закон також проголошує: держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності; не допускаються зловживання монополією становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція; держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Ці зобов'язання держави, як впливає зі змісту ст. 42 Конституції України, стосуються сфери підприємництва.

Поняття «господарські злочини», присутнє, як вже зазначалось, в радянському кримінальному законі, і тепер продовжує позначати відповідне коло суспільно небезпечних діянь, щоправда, в дещо зміненому вигляді – «злочини у сфері господарської діяльності». При цьому навряд чи виправдана гнучкість цього поняття дозволяє залежно від волі законодавця в конкретний історичний період позначати і групу норм, що діють у сфері ринкових відносин (що відбувається сьогодні), і групу норм, покликаних охороняти соціалістичне господарство (що мало місце згідно з КК УРСР 1960 р.), і гібридну монополію-ринкову модель економічних відносин (як за часів непу).

Пошук відповіді на питання про оптимальне найменування економічних (господарських) злочинів спонукає, поміж іншого, звернутись до відповідних положень міжнародного та іноземного права. Так, поняття «економічний злочин» зустрічається в документах ООН. Ще в 1975 р. Міжнародний конгрес ООН з питань боротьби зі злочинністю та поведінням із правопорушниками поставив злочинність «білих комірців» у число найбільш небезпечних, що втілюють своєрідну форму бізнесу. Тоді ж були сформульовані її загальні риси: здійснення злочинної діяльності з метою одержання економічної вигоди; зв'язок із певними формами організацій; використання професійної чи посадової діяльності; високе соціальне становище суб'єктів цієї злочинності; володіння політичною владою [8]. При цьому експерти ООН визнають, що чітка концептуалізація економічних злочинів, розроблення їх єдиного визначення поки що залишаються нереалізованими. Ситуація ускладнюється через те, що підстави та межі кримінальної відповідальності за економічні злочини в різних країнах істотно відрізняються. Експерти звертають увагу і на ту обставину, що кількість та одночасно складність економічних посягань наразі зростають на фоні розвитку високих технологій, у тому числі електронних (електронний банкінг, викрадення персональних файлів, інші новітні форми використання мережі Інтернет тощо) [9].

Звернення до відповідного законодавчого досвіду США як найбільш економічно розвиненої держави світу також не дає однозначного вирішення проблеми позначення економічних злочинів. У цій країні усталеним поняттям, що сьогодні успішно використовується в праві і інших держав, є «білокомірцевий злочин». Ще у 1939 р. американський соціолог Е. Сазерленд визначив таке діяння як злочин, скоєний особою з поважним

і високим соціальним статусом у процесі своєї діяльності [10]. Серйозна критика на адресу запропонованої Е. Сазерлендом дефініції висловлювалась багатьма американськими юристами. Зокрема, автору закидався занадто соціологічний підхід за рахунок власне юридичного поняття білокомірцевих злочинів. На думку багатьох фахівців, через переважно соціолого-кримінологічний підхід до розуміння білокомірцевих злочинів питання про чітке визначення кола злочинних діянь, що підпадають під цю категорію, наразі залишається невирішеним.

В американській довідковій літературі поняття «білокомірцевий злочин» розкривається таким чином: це – ненасильницький злочин, що поєднується з обманом у комерційних відносинах (наприклад, шахрайство, розтрата, корупція та інсайдерська торгівля цінними паперами) [11, с. 778]. Водночас термін «економічний злочин» в американських юридичних словниках не зустрічається. Протягом еволюції білокомірцевої злочинності змінювались і підходи до її визначення. Поступово акцент у відповідних дефініціях змістився з ознак особи злочинця до безпосереднього розуміння змісту протиправного діяння. Так, у щорічному звіті Генерального прокурора США за 1983 р. білокомірцевий злочин був визначений як сукупність незаконних дій, які поєднані з обманом та приховуванням, а не із застосуванням насильства, та які спрямовані на одержання грошей, майна чи послуг, уникнення майнових зобов'язань або забезпечення ділових чи професійних переваг.

У сучасній юридичній літературі США під білокомірцевим злочином розуміється фінансово мотивований, ненасильницький злочин, вчинений з метою одержання незаконної грошової вигоди. Водночас американські дослідники в своїх роботах звертають увагу на багатогранність і водночас розпливчастість поняття «білокомірцевий злочин» [12, с. 481–502; 13]. У наукових дослідженнях воно висвітлюється скоріш як концептуальне, міжгалузеве, ніж як кримінально-правове поняття. Створене соціологом для позначення певного типу антисоціальної поведінки заможних верств населення, це поняття незабаром набуло кримінологічного та кримінально-правового змісту, стало позначати окрему сферу злочинності і водночас певну групу (хоча досі і невичерпну) суспільно небезпечних посягань. Очевидно, що така змістовна розмитість суперечить ідеї чіткої структуризації кримінального закону.

Б.С. Нікіфоров і Ф.М. Решетніков відносять до «білокомірцевої злочинності» різноманітні фінансові маніпуляції, хабарництво, комп'ютерні, податкові, банківські злочини, спрямовані на отримання грошової вигоди особами, які займають високе соціально-економічне становище, за рахунок державної чи приватної компанії, в якій вони працюють, або на отримання вигоди самою приватною компанією (корпорацією) [14, с. 150–192]. Складно погодитись із наділенням можливістю вчинити білокомірцевий злочин виключно осіб із високим соціально-економічним статусом. Сучасні кримінологічні дослідження в США чітко вказують на тенденцію вчинення таких посягань корпоративними і державними службовцями незалежно від їх посади чи обсягу управлінських повноважень. Головне тут – наявність доступу (як законного (за посадою), так і протиправного) до засобів вчинення економічного посягання, отримання можливостей для скоєння такого злочину.

Наші спроби відшукати легальне визначення поняття білокомірцевого злочину в нормах федерального кримінального законодавства США не принесли позитивного результату. При цьому саме таке поняття неодноразово зустрічається в текстах нормативних актів. Наприклад, розділ IX Акту Сарбейнса-Окслі (Sarbanes-Oxley Act), прийнятого 30 липня 2002 р. (федеральний закон США, який встановив удосконалені стандарти для всіх американських рад управління публічними компаніями, фірм управління й аудиту), має офіційну назву «Збільшення санкцій за білокомірцеві злочини» і, відповідно, містить низку законодавчих рекомендацій щодо істотного удосконалення механізмів застосування і збільшення розмірів кримінальних санкцій за такі зловживання, передусім у фінансовому корпоративному секторі національної економіки. Водночас названий розділ не пропонує ні відповідного визначення, ні переліку діянь, що повинні визнаватись білокомірцевими.

Цікаво, що у сфері правозастосування в США поряд із поняттям «білокомірцеві злочини» досить поширеним є поняття «економічний злочин». Так, у структурі управління федеральної прокуратури східного округу штату Філадельфія є спеціальний підрозділ протидії економічним злочинам («Economic Crimes Unit»), завданнями якого є кримінальне переслідування широкого спектру шахрайств і фінансових зловживань, серед яких: обман покупців (споживачів); шахрайство з цінними паперами та інсайдерська торгівля ними; комерційне шпигунство та злочинне порушення авторських прав; шахрайство у сфері послуг страхування; фіктивне банкрутство (зокрема, незаконне приховування активів та введення в оману суду в справах про банкрутство); комерційне шахрайство (охоплює, поміж іншого, фіктивні угоди, а також привласнення значних фінансових коштів корпоративними інсайдерами) [15]. Протидія податковим шахрайствам, шахрайствам у сфері охорони здоров'я і державного управління, а також екологічним злочинам належить до компетенції інших підрозділів вказаної прокуратури – з питань офіційної корупції, податкового шахрайства і цивільних прав та з питань медичного шахрайства, обману у сфері державного управління та екологічних злочинів відповідно. Сказане може слугувати зайвим підтвердженням тези про те, що єдина загальноприйнятна назва (як і усталена класифікація) федеральних економічних злочинів у США наразі відсутня.

Слова «господарський», «господарство» взагалі неможливо коректно перекласти на англійську мову із збереженням при цьому їх змістовних характеристик. Як наслідок, порівняти зміст поняття «господарський

злочин» у праві таких країн, як Україна та США, об'єктивно неможливо. Інша справа зі зворотом «економічний злочин», адже він зустрічається в науково-практичному обігу як України, так і США. Схожі термінологічні проблеми констатує О.В. Чупрова, вказуючи на відсутність в англійському кримінальному праві єдиної думки про те, які саме діяння відносяться до економічних злочинів, особливо з урахуванням того, що поняття «економічні злочини» практично не вживається в законодавстві, судовій практиці і роботах науковців. Представники правоохоронних структур Англії розглядають як синоніми поняття «економічна злочинність» і «злочинність у сфері комерційної діяльності». При цьому фахівці відзначають, що у зв'язку з глобалізацією економіки досліджувані діяння завдають все більших збитків як окремим суб'єктам господарювання, так і цілим економічним системам [16, с. 28].

Об'ємна глава 3 Особливої частини КК КНР 1997 р. (включає 92 статті) має назву «Злочини проти соціалістичного ринкового економічного порядку». Судячи з неї, розміщені тут заборони покликані охороняти відносини ринкової економіки. Результатом цього, поміж інших чинників, став феномен бурхливого зростання економічних показників Китаю на фоні повільного розвитку інших світових економік.

Не приходить на допомогу при розв'язанні розглядуваної проблеми і кримінальний закон Австралії. Глава 10 другого тому Акту про КК 1995 р. під назвою «Національна інфраструктура» містить низку норм про злочини економічного спрямування: злочини, пов'язані з легалізацією злочинних доходів; шахрайства у сфері поштових та телекомунікаційних послуг; фінансові зловживання. Глава 10 включає також окремий блок норм про комп'ютерні злочини, що поряд із нетрадиційною назвою згаданої структурної частини кримінального закону Австралії не дозволяє вести мову про законодавчу волю на закріплення чітко окресленої групи заборон економічного спрямування.

Подібну розрізнену картину спостерігаємо і в КК ФРН. Відповідні кримінально-правові заборони містяться в низці розділів Особливої частини цього Кодексу: «Підробка грошей та офіційних марок» (розділ 8); «Шахрайство та розтрата» (розділ 22); «Підробка документів» (розділ 23); «Злочини у стані фінансової неспроможності» (розділ 24). Слід пам'ятати і про таку особливість кримінального законодавства ФРН, як його неповна кодифікованість. Поряд із КК склади окремих кримінально караних діянь, у тому числі в сфері економіки (наприклад, заборони на вчинення податкових злочинів) зосереджені в спеціальних федеральних законах, що доповнюють складну структуру німецького кримінального законодавства.

Чинна редакція КК Японії, який багато в чому ґрунтується на положеннях німецького кримінального права, також не пропонує ні законодавчого визначення економічних злочинів, ні більш-менш структурно довершеної групи відповідних заборон. У другій частині цього Кодексу під назвою «Злочини» закріплено певні групи норм, що стосуються економічних посягань: злочини щодо підроблення валюти (розділ 16); злочини щодо підроблення документів (розділ 17); злочини щодо підроблення цінних паперів (розділ 18); злочини стосовно електромагнітних записів платіжних карток (розділ 18-2); злочини щодо підроблення печаток (розділ 19); злочини стосовно азартних ігор та лотерей (розділ 23); злочини проти кредитних та ділових відносин (розділ 35). Інші розділи КК Японії також включають норми, зміст яких вказує на можливість їх застосування для протидії економічним злочинам. В Японії відповідні кримінально-правові приписи містяться не лише у КК, а і в понад тридцяти спеціальних кримінальних законах та актах регулятивного законодавства. Наприклад, заборони на вчинення податкових злочинів фізичними особами та корпораціями знаходимо серед положень Акту про податок з доходів 1965 р. та Акту про корпоративний податок 1965 р., що у переважній більшості складаються з положень фіскального характеру.

Не знаходимо єдиної структурної частини з нормами про відповідальність за економічні злочини і в КК Франції. У ньому, однак, є окремі глави, присвячені відповідальності за легалізацію злочинних доходів, незаконне банкрутство та фальшування грошей. Кримінально-правові норми про інші економічні злочини розміщено в актах регулятивного законодавства. Так, Загальний податковий кодекс Франції містить спеціальні норми, присвячені кримінальній відповідальності за фіскальне шахрайство. Відповідно, нові закони про посилення кримінальних санкцій за порушення вимог податкового законодавства, прийняті в 2013 р., були включені не до КК, а до Податкового кодексу цієї країни.

Ознайомлення з підходами, існуючими в найбільш розвинутих країнах світу з питань позначення і розташування кримінально-правових заборон економічного характеру, свідчить про загалом невисокий рівень систематизації таких заборон. На цьому фоні виокремлення в КК України самостійного розділу, присвяченого злочинам у сфері господарської діяльності, виглядає виграшним кроком, що певною мірою полегшує юридичний аналіз злочинних посягань на економічний устрій держави.

Принагідно зазначимо, що виділення економічних злочинів у самостійний розділ Особливої частини кримінального закону є характерною ознакою країн, що представляють «східну гілку» романо-германської правової системи, тобто колишніх і теперішніх соціалістичних країн. А за частотою криміналізації у світі склади економічних злочинів поділяють на три групи: 1) діяння, які так чи інакше криміналізовані у всіх або майже всіх країнах (зокрема, незаконні дії при банкрутстві, податкові злочини, контрабанда, фальшування грошей);

2) діяння, які криміналізовані у переважній більшості країн (наприклад, відмивання злочинних доходів, незаконне отримання і розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, незаконне використання товарного знаку, незаконна організація і порушення порядку проведення азартних ігор, лихварство); 3) діяння, криміналізовані лише в окремих країнах (монополістичні дії та обмеження конкуренції, комерційний підкуп, порушення правил бухгалтерського обліку, порушення валютних операцій, обман споживачів тощо) [17, с. 226, 228–229].

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Господарського кодексу України під господарською слід розуміти діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Далі, в ч. 2 вказаної статті зазначено, що господарська діяльність, яка здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва – підприємцями. Господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність). Як випливає з наведених законодавчих положень, господарська діяльність змістовно охоплює підприємницьку діяльність і може бути спрямована на досягнення економічних результатів. Однак співвідношення понять «господарська діяльність» та «економічна діяльність» у вітчизняному ГК не розкривається.

На думку російської авторки Т.Д. Устінової, підприємницька діяльність є однією зі складових економічної діяльності – поряд із господарською та комерційною діяльністю; поза економічною діяльністю немає діяльності підприємницької [18, с. 82]. Подібним чином розмірковує О.П. Горєлов: відносини в сфері підприємництва належать до більш широкої сфери – сфери економічних відносин, яку, як це не парадоксально звучить, визначити складніше, ніж сферу підприємницької діяльності. Водночас, на відміну від економічних злочинів і злочинів у сфері економічної діяльності, злочини в сфері підприємництва мають досить чітко виражений об'єкт [19, с. 45, 107].

До речі, глава 29 Модельного КК для держав СНД має назву «Злочини проти порядку здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності». Звідси випливає, що підприємницька діяльність є одним із різновидів економічної діяльності. Певною мірою це кореспондує з ч. 2 ст. 3 ГК України, де поняття «підприємництво» охоплюється більш широким поняттям «господарська діяльність».

За таких обставин сумнівною виглядає пропозиція окремих дослідників (Г.М. Борзенков, Н.Ф. Кузнецова, Т.Д. Устінова та ін.) законодавчо закріпити вказівку на підприємницьку діяльність у назві відповідного розділу КК. Сприйняття цієї пропозиції не виправдано змінить змістовно-логічні характеристики існуючої системи господарських злочинів, призведе до появи нових підходів у формулюванні родового об'єкта цих злочинів, який і без того вельми неоднозначно визначається в кримінально-правовій доктрині.

Розмірковуючи над співвідношенням понять «економічні злочини» та «господарські злочини», В.М. Єгоршін та В.В. Колесніков нагадують, що поряд із поняттями економічної злочинності та економічних злочинів в російській юридичній літературі ще не так давно достатньо широко використовувалось поняття «господарські злочини». У визначенні змісту останнього спостерігалось чимало різночитань. Одні автори, виходячи з ідеології старого КК РРФСР, який містив окрему главу «Господарські злочини», вважали цей вид злочинів самодостатньо самостійним. Інші, навпаки, визнавали господарські злочини різновидом економічних злочинів [20, с. 47].

Електронна енциклопедія «Вікіпедія» визначає господарство як сукупність всіх чинників (як матеріальних, так і духовних), що є в розпорядженні людини чи людської спільноти (господаря) і використання яких дозволяє отримувати засоби задоволення потреб. Народне господарство – економічний термін, який використовується для позначення сукупності галузей і сфер виробництва, споживання та обміну [21]. Водночас згаданий інтернет-ресурс визначає економіку як комплекс суспільних наукових дисциплін про господарство, а саме про організацію та управління матеріальним виробництвом, ефективне використання ресурсів, розподіл, обмін, збут і споживання товарів та послуг [22].

Наведене дозволяє зробити припущення про співвідношення понять «господарство» та «економіка» як змісту (конкретно – специфічні чинники та їх використання) та форми (наука, що вивчає ці чинники та особливості їх використання людиною). Тобто економіка, по суті, набуває ознак статичного науково-пізнавального інструментарію, за допомогою якого досліджуються конкретні динамічні явища в господарській сфері.

В одному з економічних словників-довідників поняттю «економіка» надаються три основні значення: 1) сукупність виробничих відносин, що визначаються характером власності на засоби виробництва; 2) господарство району, країни або всього світу; 3) наукова дисципліна, що займається вивченням народного господарства, його галузей, а також деяких умов та елементів виробництва (праця, управління тощо) [23, с. 81–82]. У межах цього підходу економіка одночасно ототожнюється з господарством і може виконувати пізнавальну, обслуговуючу функцію щодо народного господарства, і це загалом збігається з наведеними вище дефініціями. Разом з тим цілком очевидно, що відмінні підходи до визначення ключового поняття «економіка» не сприятимуть його коректному застосуванню, в тому числі для потреб кримінально-правових досліджень.

Вітчизняний економіст Л.С. Шевченко вказує на можливість розуміння економіки як організації господарювання, що має певну структуру і характеризує стан господарського життя. У цьому аспекті економіка включає: 1) сукупність галузей людської діяльності; 2) сукупність сфер господарської діяльності, а саме: сферу виробництва – створення матеріально-речових благ, що задовольняють людські потреби; сферу послуг – діяльність людей, результати якої не набувають речової форми; сферу створення нематеріальних благ – розробку продуктів інтелектуальної власності; 3) сукупність двох секторів – державного і недержавного (приватного); 4) сукупність регіональних господарств (економік) [24, с. 6–7].

Користуючись викладеним підходом, Л.В. Павлик робить справедливий висновок про те, що поняття «економіка» є ширшим за змістом порівняно з поняттям «господарська діяльність», а їх взаємозв'язок виражається таким чином: економіка – це сукупність трьох сфер господарської діяльності: сфери виробництва, сфери послуг і сфери створення нематеріальних благ. Існування цих сфер господарської діяльності призводить до того, що використане в КК поняття «у сфері господарської діяльності» не визначає, в якій саме із цих трьох сфер будуть вчинятися відповідні злочини. Таким чином, підсумовує дослідниця, поняття «злочини у сфері економіки» є більш вдалим для позначення суспільно небезпечних посягань, передбачених розділом VII Особливої КК України. На фоні такої аргументації суперечливим виглядає використання звороту «порядок здійснення господарської діяльності» в запропонованій Л.В. Павлик дефініції злочинних посягань у сфері економіки: це – сукупність кримінально-протиправних умисних посягань на порядок здійснення господарської діяльності, які вчиняються з корисливих або інших особистих мотивів, що поєднуються з метою отримання економічної вигоди [3, с. 40–42].

Враховуючи різний зміст понять «економіка» та «господарська діяльність», пропонуване Л.В. Павлик фактичне ототожнення злочинних посягань у сфері економіки із посяганнями на порядок здійснення господарської діяльності не може не викликати заперечення. Таке ототожнення, крім усього іншого, не узгоджується з іншою тезою дослідниці – про те, що злочини у сфері економіки є злочинами, вчинюваними в процесі виробництва, випуску, розподілу та реалізації продукції.

До того ж приписи регулятивного законодавства не дозволяють визнавати господарськими частину відносин, охоронюваних нормами розділу VII Особливої частини КК України. Сказане стосується, наприклад, приватизаційних відносин, відносин, пов'язаних зі сплатою податкових і страхових внесків, відносин, пов'язаних із залученням «брудного» майна в побутовий обіг. Тому ми не можемо погодитись з М.М. Пановим, який стверджує, що «фінансові інтереси виступають складовою суспільних відносин у сфері господарської діяльності» [25, с. 21]. Посягання, передбачені статтями 209, 212, 212-1, 233 КК України, визнаються наразі злочинами у сфері господарської діяльності і, судячи з дисертації Л.В. Павлик, вона не ставить питання про зміну місця названих кримінально-правових заборон у системі Особливої частини КК України. До речі, пояснюючи відмову від використання такої назви відповідної глави кримінального закону, як «господарські злочини», Н.О. Лопашенко справедливо звернула увагу на те, що ця назва вже не відображала суті вчинюваних злочинів, оскільки, крім власне господарських, у вказану главу були включені норми про відповідальність за податкові, валютні, митні та інші злочини [26, с. 5]. Зауважимо з приводу наукової позиції Л.В. Павлик і те, що принаймні такий господарський злочин, як порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів (ст. 223-2 КК України), може бути вчинений і з необережності.

У фундаментальній монографії «Система хозяйственных преступлений» І.А. Клепицький пише, що народне господарство (або економіка) покликане забезпечити реалізацію матеріальних інтересів людини, суспільства і держави. Автор констатує, що в європейському правознавстві загальновизнаним є факт виникнення «господарського (економічного) кримінального права», що розглядається або як підгалузь особливої частини кримінального права, або як підрозділ кримінального права, або (рідше) як самостійна галузь права. При цьому загальноприйняте визначення господарського кримінального права в розвинутих європейських країнах (зокрема, Франції та Німеччині) наразі відсутнє. І.А. Клепицький ставить під сумнів те, що кримінальний закон охороняє в господарській сфері лише встановлений порядок здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності (як це впливає з назви глави 22 Модельного кримінального кодексу для держав СНД). На думку вченого, норми про господарські злочини покликані забезпечити не тільки і не стільки порядок у господарській сфері, скільки нормальні умови для ефективного функціонування народного господарства як такого. Розмірковуючи над позицією російського законодавця, І.А. Клепицький зазначає, що поняття «економіка» та «народне господарство» в основних своїх значеннях збігаються, у зв'язку з чим слід було очікувати і збігу «економічних злочинів» із «злочинами господарськими». Однак російський законодавець обрав інше рішення, віднісши «злочини проти власності» до «злочинів у сфері економіки», що піднімає питання про родовий об'єкт останніх [27, с. 27–31, 46, 49, 55].

Пропонуючи назвати розглядувану групу суспільно небезпечних посягань «господарськими злочинами», І.А. Клепицький підкреслює, що економіка як сукупність виробничих відносин тотожна народному господарству, яке становить собою складну систему, що включає відносини, опосередковані як приватним, так публічним

правом. Загалом погоджуючись із такою пропозицією, Б.В. Волженкін водночас вказує на її невідповідність тенденціям сучасного російського законодавства чітко відображати в назві глави КК видовий об'єкт посягань («злочини проти...») [28, с. 78]. Тут можна провести паралелі зі структурою КК України, в Особливій частині якого передбачено розділ «Злочини у сфері господарської діяльності». Змістовно нечіткий термін «у сфері» програє більш точному «проти».

Опрацювавши значну кількість наукових праць періоду СРСР, присвячених питанням кримінальної відповідальності за господарські злочини, О.Е. Радутний вказує, що родовим об'єктом господарських злочинів різні науковці визнавали: 1) правильну діяльність соціалістичного народного господарства; 2) народне господарство; 3) народне господарство загалом або його окремі галузі; 4) інтереси господарства; 5) суспільні відносини, які виникають під час господарської діяльності і відображають інтереси розвитку народного господарства; 6) суспільні відносини у сфері використання державою господарських ресурсів і коштів; 7) систему господарства; 8) систему суспільних відносин, які виникають та існують у процесі господарювання; 9) порядок господарювання, що забезпечує правильне функціонування і розвиток господарства та його окремих галузей [29, с. 41].

Як бачимо, більшість радянських науковців із зрозумілих причин віддавали перевагу ідеям народного чи державного господарства як об'єкта кримінально-правової охорони. Постає запитання: чи узгоджуються подібні підходи із сучасними умовами розбудови української економіки за типом вільного ринку? Очевидно, що ні. Більше того: чимало заборон, включених до вітчизняного кримінального закону уже в період незалежності України, суперечать вченням про народне господарство і планову соціалістичну економіку. З іншого боку, при ухваленні КК України 2001 р. у цьому Кодексі закономірно не знайшлося місця нормам, за допомогою яких раніше забезпечувалась кримінально-правова охорона соціалістичної системи господарювання (маються на увазі норми, які передбачали караність злочинно-недбалого використання або зберігання сільськогосподарської техніки, злочинно-недбалого зберігання зерна та насіння олійних культур, спекуляції, одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, зв'язаних з обслуговуванням населення, порушення правил торгівлі). Раніше – в першій половині 90-х років минулого століття – була скасована кримінальна відповідальність за такі діяння, як приписки та інші перекручення звітності про виконання планів, заняття приватнопідприємницькою діяльністю, комерційне посередництво, незаконна переуступка жилого приміщення, скуповування в державних чи кооперативних магазинах хліба та інших продуктів харчування для згодовування худоби та птиці, незаконний відпуск бензину чи інших паливно-мастильних матеріалів.

Позитивно сприймаючи ідею пріоритету економічного змісту над юридичною формою при вирішенні проблем кримінально-правової охорони економічних відносин, водночас зауважимо, що поняття «народне господарство» викликає певний скептицизм. З одного боку, це поняття використовується для позначення сукупності галузей і сфер виробництва, споживання та обміну (у ширшому значенні – це історично обумовлена сукупність галузей виробництва певної країни, взаємопов'язаних між собою поділом праці). З іншого боку, згадане поняття набуло поширення в часи побудови і функціонування радянської моделі командної (планової) економіки, яка з часом довела свою нежиттєздатність. Чимало фахівців і пересічних українців асоціюють народне господарство з попередньою (соціалістичною) системою побудови економіки. Народне господарство, що презюмує належність всього господарства держави її народу, уже давно стало фікцією. Насправді господарство, якщо звертатись до цього поняття, належить окремим індивідам чи їх об'єднанням. До речі, розмірковуючи на відмовою російського законодавця від застарілого поняття «господарські злочини», Б.В. Волженкін висловив припущення, що мова в цьому разі йде про певні асоціації з поняттями «радянське господарство» та «народне господарство», зміст яких суттєво нівелюється в процесі розвитку відносин ринкової економіки [28, с. 78].

Враховуючи те, що наша держава обрала шлях побудови розвиненої моделі ринкової економіки із гарантуванням свободи підприємництва (як це впливає, зокрема, зі згаданої вище ст. 42 Конституції України), є сенс у заміні «народного господарства» «національним господарством», а ще краще – «ринковою економікою», про що докладніше йтиметься нижче.

Ми вже неодноразово писали про неоднозначність назви розділу VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності». Законодавцю можна закидати те, що ця назва, не відображаючи родовий об'єкт відповідних посягань як основу побудови Особливої частини КК, чітко не показує, які саме відносини поставлені під охорону за допомогою кримінально-правових норм, об'єднаних у вказаний розділ КК. Відчуття невдалості назви останнього посилюється, якщо взяти до уваги те, що в сфері господарської діяльності можуть бути вчинені злочини, які не є власне господарськими (наприклад, підкуп службової особи юридичної особи приватного права, службове підроблення, шахрайство, привласнення або розтрата майна). За такою логікою, як зазначає П.С. Яні, до економічних злочинів у широкому розумінні цього поняття можна віднести, наприклад, умисне вбивство з корисливих мотивів, метою якого було перешкодити групі акціонерів отримати перевагу при обговоренні на загальних зборах питання про розподіл дивідендів [4, с. 32–33].

З.А. Тростюк (Загине́й) слушно зауважує, що тип назв розділів Особливої частини КК України, сконструйований за прикладом «Злочини у сфері...» (таким чином позначено 5 розділів), є невдалим, оскільки такі назви, чітко не вказуючи на родовий об'єкт певної групи посягань, позначають лише межі поширення злочинних діянь, відповідальність за які передбачена відповідними розділами, що є малоінформативним та нечітким [1, с. 64]. Натомість такі, наприклад, назви розділів КК, як «Злочини проти власності» та «Злочини проти довкілля», чітко позначають ті сфери суспільних відносин, яким завдається шкода закріпленими в цих розділах посяганнями.

С.Ф. Мазур також зазначає, що сфера економічної діяльності – занадто широке, невизначене (мало конкретне) поняття, що не відображає суті економічних відносин, які захищаються відповідним розділом КК. Очевидно, що у сфері економіки можуть вчинятись злочини різних видів. Підтримуючи позицію цього автора в тому, що з позицій юридичної техніки, наукового обґрунтування та з урахуванням закріплення об'єктів злочинної діяльності, а не сфер цієї діяльності у назвах переважної більшості розділів Особливої частини КК («Злочини проти...», а не «Злочини у сфері...») [30, с. 24–26], вважаємо за потрібне формулювати назву розділу вітчизняного кримінального закону про відповідальність за економічні злочини подібним чином. Враховуючи складність описання диспозицій господарських заборон через їх тісні зв'язки з об'ємним масивом регулятивного законодавства, недостатню визначеність меж господарської діяльності, що піддається злочинному впливу, вважаємо, що законодавче вдосконалення описання відповідної групи злочинів повинно лише вітатись.

З урахуванням викладеного вище зворот «злочини проти...» видається нам більш вдалим порівняно із «злочинами у сфері...». Зміст цих словосполучень, як видається, є різним: зворот «у сфері» показує, що господарські злочини вчиняються безпосередньо під час (у процесі) реалізації законної господарської діяльності; водночас буквально тлумачення звороту «проти господарської діяльності» дозволяє стверджувати про значно більший обсяг протиправної поведінки: тут головне, щоб відповідні посягання мали «анти-господарську» спрямованість. На наш погляд, використання звороту «проти господарської діяльності» (його аналогу) є більш вдалим, оскільки дозволяє охопити випадки вчинення злочинів як поза сферою господарської діяльності, так і безпосередньо проти легального господарювання.

Наприклад, якщо фіктивне підприємництво, передбачене ст. 205 КК України, вчиняється шляхом повної відмови від здійснення офіційної діяльності, зафіксованої в установчих документах юридичної особи, то мова про злочин у сфері господарської діяльності йти, вочевидь, не може, оскільки формально цей злочин вчиняється не у сфері (інакше кажучи, не в процесі), а поза сферою легальної господарської діяльності, хоч і проти неї. Більше того: в цьому випадку не «спрацьовують» і положення регулятивного законодавства, адже легальна господарська діяльність фактично не здійснюється. Подібних прикладів стосовно інших норм, розміщених у розділі VII Особливої частини КК України, можна навести чимало.

На думку С.Ф. Мазура, злочин у сфері економічної діяльності – це суспільно небезпечне діяння, заборонене кримінальним законом, що безпосередньо посягає на суспільні відносини, які складаються з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних та інших благ та послуг та які забезпечують інтереси нормальної та добросовісної підприємницької та кредитно-фінансової діяльності в державі [30, с. 24–26]. Звертає на себе увагу розмежування підприємницької та кредитно-фінансової діяльності, що, на наш погляд, є наслідком правильного розуміння економіко-правової природи двох груп суспільних відносин.

У кримінології поняття «економічна злочинність» є поширеним і докладно розробленим. Феномен економічної злочинності був і залишається предметом численних досліджень, проте ні в зарубіжній, ні у вітчизняній кримінологічній науці немає єдиної думки щодо розуміння економічної злочинності [31, с. 46]. Як зазначає А.М. Бойко, можна виділити три групи відповідних підходів: 1) економічними вважаються усі злочини, які безпосередньо чи опосередковано завдають шкоди економічній системі держави і вчинені з метою отримання економічної вигоди (окремі злочини проти власності, злочини у сфері господарської діяльності та окремі злочини у сфері службової діяльності); 2) економічними вважаються злочини проти власності, пов'язані з господарською діяльністю, та злочини у сфері господарської діяльності; 3) економічними вважаються лише злочини, які вчиняють суб'єкти господарської діяльності або їхні службові особи в процесі господарської діяльності [32, с. 26–28].

Наприклад, В.М. Єгоршін і В.В. Колесніков, будучи прибічниками третього підходу, до економічної злочинності відносять лише ті діяння, які вчиняються в процесі економічної діяльності її суб'єктами – бізнесменами, власниками підприємств, керуючими компаніями, менеджерами, тобто такими економічними агентами, які на практиці вирішують питання організації економічної діяльності, займаються бізнесом. На думку згаданих авторів, виключення найманих працівників і звичайних робітників із кола суб'єктів економічної злочинності дозволяє встановити більш конкретні межі її дослідження і подолати традиційно високий рівень суб'єктивізму під час кваліфікації тих чи інших злочинів як економічних [20, с. 85]. Звертає на себе увагу використана в наведеній дефініції лексика: вона значною мірою нагадує американську, що традиційно застосовується для характеристики білокомірцевої злочинності.

Вже із сказаного стає зрозумілим, що результати кримінологічних досліджень мають використовуватись для потреб кримінально-правових досліджень (у тому числі в контексті розглядуваної нами проблеми) вельми обережно. До того ж ми не можемо не рахуватись із позицією вітчизняного законодавця.

На думку О.Г. Кальмана, під злочинністю у сфері економіки слід розуміти соціально-економічне деструктивне для економіки держави явище, яке проявляється у вчиненні особами навмисних корисливих злочинів у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності, основним безпосереднім об'єктом яких виступають відносини власності і відносини у сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання товарів і послуг з метою отримання доходу [33, с. 46, 50].

Оцінюючи наведений підхід, вкажемо на сумнівність використаного звороту «вчинення злочинів у сфері легальної і нелегальної економічної діяльності», адже складно уявити собі, як злочинне діяння можна вчинити в сфері нелегальної діяльності: нелегальність і так виступає змістовною ознакою відповідних злочинів. З цієї ж причини викликає заперечення запропоноване А.М. Бойком визначення економічної злочинності як сукупності посягань, що вчиняються певними суб'єктами «у процесі здійснення ними фактичної чи фіктивної господарської діяльності через порушення порядку такої діяльності...» [32, с. 80–81]: складно уявити собі порядок здійснення фіктивної господарської діяльності.

Цікавою є думка О.Г. Кальмана про те, що поняття «господарські злочини» найбільше відповідає поняттю «економічна злочинність», оскільки це, так би мовити, «галузева злочинність», тобто злочинність у промисловості, сільському господарстві, торговельно-посередницькій діяльності, фінансовій сфері, сфері державного контролю за господарською діяльністю [33, с. 46, 50]. Щоправда, ототожнення кримінально-правового поняття «господарські злочини» з кримінологічним поняттям «економічна злочинність» видається нам не зовсім вдалим, адже вони мають різне смислове навантаження і відмінну науково-прикладну орієнтацію.

Є.Л. Стрельцов під економічними злочинами розуміє передбачені кримінальним законом діяння, спрямовані на порушення відносин власності (майнових відносин) та існуючого порядку здійснення господарської діяльності [34, с. 42]. У зв'язку з тим, що і чимало інших науковців, обстоюючи так зване широке розуміння економічної злочинності, включає в неї і посягання на відносини власності, в стислому вигляді розглянемо питання про співвідношення економічних злочинів і злочинів проти власності. В юридичній літературі з цього питання висловлені різні точки зору.

Свого часу А.А. Піонтковський об'єднав поняттям «економічні злочини» посягання на соціалістичні і державні капіталістичні відносини, а також майнові злочини, обґрунтовуючи таку систему зміною характеру майнових прав у суспільстві [35, с. 22–30]. Пояснюючи цю позицію, окремі дослідники виділяють у відносинах власності статичну і динамічну сторони. Якщо статична сторона характеризується станом належності майнових благ власнику (статика економічних відносин), то динамічна – використанням предметів в процесі виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ. І залежно від того, якій зі сторін надається перевага, виділяють майнові злочини (злочини проти власності) і економічні злочини [36, с. 9].

Щодо сучасних російських науковців, то серед них поширеною є позиція, яка, на наш погляд, значною мірою зумовлена законодавчим віднесенням злочинів проти власності до економічних злочинів. Йдеться про те, що глава 21 «Злочини проти власності» поряд із главою 22 «Злочини у сфері економічної діяльності» і главою 23 «Злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях» входить до складу розділу VIII КК РФ, який має назву «Злочини в сфері економіки». Суть заданої позиції (а її прибічниками виступають, наприклад, О.І. Бойцов, О.І. Коробєєв, Л.Л. Кругліков, Ю.І. Ляпунов, І.В. Шишко) полягає в тому, що власність утворює фундамент економічної діяльності; відповідно, не забезпечивши збереження власності, немає сенсу розмірковувати про інші правові гарантії економічної діяльності.

Не можна, однак, стверджувати, що викладена теоретична позиція є пануючою в російській юридичній літературі. Все ж очевидною є та обставина, що значна (щоб не сказати – більша) частина злочинів проти власності вчиняється поза сферою економічної діяльності. Оскільки майно перебуває в цивільному обігу не лише як засіб економічної діяльності, не можна погодитись з висловленим в літературі твердженням про те, що злочини проти власності зазвичай порушують нормальне функціонування народного господарства [37, с. 219].

Показовим у зв'язку з цим є висловлювання А.В. Наумова про те, що засноване на позиції законодавця розуміння економічних злочинів (включаючи віднесення до них злочинів проти власності) є занадто широким і суперечить не лише сучасній економічній теорії, а і доктринальному розумінню економічних злочинів. Науковець нагадує думку О.М. Яковлєва, сформульовану тим ще в 80-і рр. минулого століття, про те, що грабіж і розбій, хоч і завдають шкоду відносинам власності, не належать до економічних злочинів через відсутність зв'язку з господарським механізмом (на відміну, наприклад, від систематичних крадіжок на виробництві). Відокремлення злочинів проти власності (майнових злочинів) від економічних злочинів у жодному разі не применшує їх суспільної небезпеки, однак дозволяє більш чітко визначити їх юридичну природу, наблизивши до злочинів проти прав особи (особливо з урахуванням того, що право приватної власності є одним із при-

родних прав людини). Цікаво, що А.В. Наумову імпонує позиція українського законодавця, який, відділивши в КК 2001 р. норми про злочини проти власності від норм про злочини у сфері господарської діяльності, виокремив їх в самостійний розділ, розташований після розділу про злочини проти прав і свобод людини і громадянина [38, с. 184–185].

Інші російські автори ставлять питання про відмову від нелогічного, на їх думку, поділу КК РФ на розділи (в тому числі за прикладом КК України), оскільки це дозволить чіткіше визначати групи кримінально-правових норм про злочини, що мають спільні об'єкти. Увага серед іншого звертається на неузгодженість родового, видового і безпосередніх об'єктів низки злочинів проти власності, безапеляційно віднесених законодавцем до злочинів у сфері економіки. Мається на увазі те, що, скажімо, грабіж, розбій, вимагання, розкрадання предметів, що мають особливу цінність, і неправомірне заволодіння транспортним засобом (на відміну від шахрайства та його різновидів) вчиняються не в економічній сфері, а тому відповідні норми логічніше було розмістити в розділі VII КК РФ, присвяченому злочинам проти особи [39, с. 12 – 13, 17].

М.В. Талан, хоч і визнає провідну роль відносин власності в структурі економічних відносин, пише, що економічні злочини і майнові злочини – це різні поняття, які розмежовуються за способом заподіяння шкоди суспільним відносинам і за колом суб'єктів. Такі традиційні корисливі посягання, як крадіжка, грабіж і розбій, є майновими, а не економічними злочинами [40, с. 9, 26, 28].

Інколи до економічних злочинів без будь-яких застережень пропонується відносити шахрайство (ст. 190 КК України) і привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК України) [41, с. 21]. Насправді ситуація із віднесенням вказаних злочинів проти власності до економічних злочинів ситуація позбавлена однозначності. Річ у тім, що ст. 190 КК України сформульована таким чином, що вона охоплює як традиційне (побутове) шахрайство, яке жодного відношення до економічної діяльності не має, так і комерційне шахрайство (шахрайство у бізнесі). Останнє характеризується використанням дозволених законодавством організаційно-правових форм, прагненням підозрюваних осіб тлумачити свої дії як невдалу підприємницьку діяльність і може цілком претендувати на те, щоб принаймні з кримінологічної точки зору називатись економічним злочином. Карані ж за ст. 191 КК України привласнення або розтрата майна можуть бути вчинені щодо того майна, правомочності щодо якого виникли у винного на підставі цивільно-правових договорів (підряду, оренди, перевезення, зберігання тощо), тобто в цій частині вчинене немає підстав визнавати економічним злочином.

І.А. Клепицький розцінює законодавче віднесення злочинів проти власності до злочинів у сфері економіки як прояв ідеологічної інерції, за якої кримінальний закон покликаний охороняти не приватні майнові інтереси в їх комплексі і багатоманітності, а відносини власності як основу економічної системи суспільства. Дослідник вважає, що головна відмінність злочинів проти власності (майнових злочинів) від господарських злочинів полягає в тому, що перші посягають на приватну сферу, вражаючи майнові права та інтереси суб'єкта приватного права; господарські ж злочини посягають на народне господарство в цілому, при цьому ураження цих-небудь приватних майнових прав та інтересів не є істотною ознакою таких посягань [27, с. 53–57].

Ніхто не сумнівається в значущості власності не лише як показника добробуту окремих членів суспільства, а і як одного із структурних елементів економічної системи, економічної основи розвитку суспільства. Як справедливо зазначає О.Г. Кальман, відносини власності лежать в основі всіх видів економічних відносин у суспільстві [42, с. 103–104]. Разом з тим «відносини власності не можуть бути обмежені лише економічною сферою – вони є першоосновою для соціальної політики і культурного життя, пов'язані з національною політикою держави і забезпеченням основних прав людини. Власність є настільки фундаментальним феноменом, що виділення її із сфери економічних відносин виглядає цілком логічним і обґрунтованим» [43, с. 15–16].

Занадто широкий підхід, у межах якого злочини проти власності відносяться (тим більше без будь-яких застережень) до економічних посягань, з кримінально-правової точки зору є неприйнятним: він не дозволяє чітко виокремити ту сферу відносин, яка, будучи врегульованою державою, охоплює виробництво, розподіл, обмін і споживання товарів і послуг серед невизначеної кількості учасників у процесі здійснення систематичної продуктивної діяльності і потребує належної кримінально-правової охорони. З цього приводу М.М. Панов зауважує, що суспільні відносини, які виникають у сфері економічної господарської діяльності, включають широке за обсягом коло відносин, що тісно пов'язані між собою, знаходяться в непорушній єдності і створюють єдине ціле. Водночас вони відрізняються від інших груп відносин, у тому числі таких економічних відносин, як власність, яким не притаманне здійснення господарювання (чи ведення господарської діяльності). Саме тому викликає заперечення об'єднання в одну групу злочинів проти власності і господарських злочинів [25, с. 24–26].

Погоджуючись із зробленим висновком, а так само з позицією українського законодавця, який визнав відносини власності самостійним об'єктом кримінально-правової охорони, водночас вкажемо на дискусійність використаного М.М. Пановим звороту «у сфері економічної господарської діяльності». Одночасна вказівка і на економічну, і на господарську складову діяльності, як видається, заважає з'ясуванню їх змісту і співвідношення.

Постає і питання, чи існує як така неекономічна господарська діяльність? Вище вже зазначалось, що економічна діяльність є ширшою за діяльність господарську; в цьому, до речі, не сумнівається і сам М.М. Панов [25, с. 26]. За таких обставин має рацію О.Е. Радутний, який під злочинами у сфері господарської діяльності розуміє посягання на відносини господарювання як складову частину економічної системи суспільства [29, с. 53].

Отже, ні назва «злочини у сфері господарської діяльності», ні назва «злочини проти економіки» не здатні претендувати на таку бажану для кримінального закону однозначність. З метою пошуку оптимальної назви розділу VII Особливої частини вітчизняного КК спробуємо визначити роль і місце відповідних кримінально-правових заборон у системі координат ринкової економіки, яка, будучи офіційно проголошеною, залишається поки що перехідною.

Поняття «ринкова економіка» в різних джерелах розкривається по-різному. Наведемо лише декілька визначень. Отже, ринкова економіка – це соціально-економічна система, що, спираючись на принципи свободи підприємництва і вибору, розвивається на основі приватної власності і товарно-грошових відносин. Це – економіка, що організована на основі ринкової саморегуляції, за якої координація дій учасників здійснюється державою, а саме законодавчою та судовою владою безпосередньо, а виконавчою владою – опосередковано, шляхом запровадження різних податків, зборів, пільг тощо. Тільки рішення самих покупців, постачальників товарів і послуг визначають структуру розподілу в такій економіці.

Чимало економістів до ринкової відносять економіку, в якій рішення, що стосуються інвестицій, виробництва і розподілу на підставі попиту та пропозиції, а також ціни на товари і послуги визначаються в системі вільних цін. У 70-х роках минулого століття економісти Чиказького університету, включаючи відомого нобелівського лауреата М. Фрідмана, сформулювали тезу про те, що вільні ринки – найефективніший механізм розподілу ресурсів і ризиків. Більшість розвинених країн у 1970–1980-х рр. лібералізували ринки, що призвело до їх вибухового зростання. Вважалося, що втручання держави в економіку повинне бути мінімальним. Головна визначальна характеристика ринкової економіки полягає в тому, що рішення про капіталовкладення і розподіл виробничих товарів приймаються переважно шляхом переговорів на ринках. Це контрастує з плановою економікою, де інвестиційні та виробничі рішення інтегровані в розроблений план виробництва. Наука традиційно відносить до принципів ринкової економіки такі засади: підприємництво; різноманіття форм власності на засоби виробництва; ринкове ціноутворення; договірні відносини між суб'єктами господарювання; обмежене втручання держави в господарську діяльність; привласнення додаткової вартості.

Звернення до моделі ринкової економіки знаходимо і в роботах фахівців із кримінального права. Наприклад, М.В. Талан пише про те, що основний критерій віднесення того чи іншого діяння до економічних злочинів – це їх здатність заподіювати шкоду ринковим відносинам з боку суб'єктів, тією чи іншою мірою включених у ці відносини. Злочини в сфері економічної діяльності визначаються згаданою авторкою як діяння, що спричиняють шкоду чи створюють реальну можливість спричинення шкоди охоронюваній державою системі суспільних відносин, які складаються в сфері економічної діяльності суспільства з ринковою економікою [40, с. 29–30].

Показово, що Б.В. Волженкін назвав одну з глав своєї монографії як «Злочини у сфері економічної діяльності в період демонтажу системи соціалістичного господарювання та переходу до ринкової економіки». Радянське кримінальне законодавство вже не відповідало реаліям сучасного етапу розвитку суспільства, оскільки злам старої економічної системи, розвиток ринкових відносин привнесли в економіку фактори, що створили умови для вчинення невідомих соціалістичній економіці суспільно небезпечних діянь, що зачіпають інтереси власників, порушують принципи вільного, чесного та безпечного підприємництва, економічні інтереси держави [28, с. 45, 65]. Справді, кардинальні зміни у сфері суспільного життя, яке перебуває під охороною кримінального закону, вимагають і відповідних системних змін у кримінально-правовому регулюванні.

Окремі кримінологи обстоюють положення про те, що феномен економічної злочинності нерозривно пов'язаний із фактом існування ринку (однак не ринку взагалі, а саме капіталістичного ринку), ринкових відносин капіталістичного товарного господарства, і що цей соціальний феномен є іманентним ринковій економіці капіталістичного типу. Криміналізація економічних відносин та цілого масиву раніше невідомих видів злочинів у господарській сфері пов'язана з генезою підприємництва у країнах постсоціалістичного простору, із початком проведення ринкових реформ, розвитку приватної власності на знаряддя виробництва і формування капіталістичного способу господарювання [20, с. 89].

Спробуємо на рівні гіпотези зіставити поняття «злочини проти ринкової економіки» із набором тих кримінально-правових заборон, які становлять собою розділ VII Особливої КК України. Залежно від видового об'єкта всі злочини у сфері господарської діяльності можна (звичайно, з певною часткою умовності) класифікувати на: 1) злочини проти системи грошового обігу, фондового ринку і порядку обігу деяких документів; 2) злочини проти системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування; 3) злочини проти бюджетної системи; 4) злочини проти порядку переміщення предметів через митний кордон України; 5) злочини проти порядку зайняття господарською діяльністю; 6) злочини проти прав кредиторів; 7) злочини проти засад добросовісної конкуренції; 8) злочини проти порядку приватизації.

«Накладення» поняття «ринкова економіка» на охоронювані розділом VII Особливої частини КК України відносини свідчить про те, що ця форма організації національної системи виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ загалом вдало охоплює сфери економічної діяльності, що перебувають під охороною кримінального закону. Так, фондовий ринок, права кредиторів, добросовісна конкуренція – ці складові української економіки є втіленням (наскільки якісним – питання інше) моделі саме ринкової економіки.

Щодо охорони приватизаційних відносин, то в цьому разі реалізована специфічна українська модель переходу від планової до ринкової економіки. У розвинутих країнах світу активи держави також можуть відчуватись на користь приватних інвесторів. Питання полягає лише в частині прийнятного для суспільства балансу економічних інтересів за принципом «державні-приватні», а також в рівні прозорості та економічної доцільності відчуження державних активів на користь приватного бізнесу.

Дещо складніше визначитись із бюджетною системою, системами оподаткування і загальнообов'язкового державного соціального страхування, оскільки вони стосуються не стільки ринкових відносин, скільки фінансів. Тут на допомогу зможе прийти усталена в економічній науці концепція змішаної економіки. Під нею слід розуміти економічну систему, функціонування якої залежить як від приватних компаній та господарств (більшою мірою), так і від уряду країни. Термін «змішана економіка» позначає сучасну економіку багатьох розвинутих демократичних країн, адже нині в світі немає «чистої» ринкової економіки. Для змішаної економіки сучасності характерне поєднання принципів самостійності та певної централізації в управлінні національним виробництвом, а також розвиток соціальної сфери [44].

З такої підсумкової економічної функції держави, як перерозподіл ресурсів, формується блок кримінально-правових норм, який забезпечує інтереси держави в сфері фінансів [45, с. 18]. Відносини розподілу включають в себе в тому числі владні відносини у сфері фінансів (зокрема, податкові) [27, с. 51–52]. Здійснюване в процесі економічної діяльності споживання економічних благ неможливе без системи бюджетно-податкового перерозподілу [46, с. 171]. За таких обставин дещо нелогічно виглядає пропозиція Л.М. Демидової виокремити в КК України новий розділ «Злочини проти державних фінансів», одночасно перейменувавши розділ VII Особливої частини КК України із «Злочини у сфері господарської діяльності» на «Злочини проти економіки» [47, с. 583].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, поняття «злочини проти ринкової економіки» в контексті позначення злочинів, відповідальність за які передбачена розділом VII Особливої частини КК України, досить успішно проходить умовну перевірку на відповідність назви цієї структурної частини кримінального закону її змісту. Пропоноване поняття вважаємо прийнятним і з огляду на обґрунтовану критику на адресу двох основних «конкурентів» – законодавчо закріпленого поняття «злочини у сфері господарської діяльності» та поширеного в юридичній літературі поняття «злочини у сфері економіки (варіант – економічної діяльності)». Вважаємо, що в такий спосіб вдасться, крім усього іншого, уникнути «розмивання» одного з ключових розділів Особливої частини КК України внаслідок реалізації ідеї виокремлення розділу про відповідальність за фінансові злочини. Зрозуміло, що пропоноване уточнення назви розділу VII Особливої частини КК України не знімає проблему внесення кваліфікованих і виважених законодавчих змін у частині відповідальності за злочини проти ринкової економіки.

1. Тростюк З. А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України : монографія / З. А. Тростюк. – К. : Атіка, 2003. – 144 с.
2. Шмонин А. В. Преступления экономической направленности : понятие и генезис уголовного законодательства : монография / отв. ред. профессор, доктор юридических наук А. В. Шмонин / А. В. Шмонин, О. И. Семькина. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 472 с.
3. Павлик Л.В. Диференціація кримінальної відповідальності за злочинні посягання у сфері економіки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Павлик Людмила Василівна. – Львів, 2013. – 248 с.
4. Яни П. С. Экономические и служебные преступления / П. С. Яни. – М. : ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997. – 208 с.
5. Хилjuta В. В. Экономические преступления : эволюция уголовно-правового регулирования / В. В. Хилjuta // Криминологический журнал ОГУЭП. – 2007. – № 1-2. – С. 40–47.
6. Большая советская энциклопедия. Т. 46. – М. : ГоС. научн. изд-во «Большая советская энциклопедия», 1957. – 669 с.
7. Уголовно-правовая охрана экономической системы СССР. – М. : ВНИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1987. – 112 с.
8. Изменения в формах и масштабах преступности – международной и внутригосударственной / Рабочий документ Секретариата ООН. – Женева, 1975. – С. 8–12.

9. Economic and Financial Crimes: Challenges to Sustainable Development [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: http://www.unis.unvienna.org/pdf/05-82108_E_5_pr_SFS.pdf.
10. Sutherland E. White Collar Crime / Edwin Sutherland . – New York : Holt, Rinehart & Winston, 1949.
11. Black's Law Dictionary. 3-d Ed. / Edited by B. Garner. – St. Paul, MN : West Publishing Co., 2006. – 810 p.
12. Simpson S. Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research / S. Simpson // Ohio State Journal Of Criminal Law. – 2011. – № 8. – P 481–502.
13. Green S. The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory / S. Green // Buffalo Criminal Law Review. – 2004. – № 8.1 – P. 1–34.
14. Никифоров Б. С. Современное американское уголовное право / Б. С. Никифоров, Ф. М. Решетников. – М. : Наука, 1990. – 256 с.
15. Criminal Division of the United States Attorney's Office, Eastern District of Pennsylvania [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://www.justice.gov/usao-edpa/divisions/criminal-division>.
16. Чупрова Е. В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии / Е. В. Чупрова. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 208 с.
17. Сравнительное уголовное право. Особенная часть : монография / под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ С. П. Щербы. – М. : Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – 543 с.
18. Устинова Т. Д. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления, посягающие на предпринимательскую деятельность : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Устинова Тамара Дмитриевна. – М., 2005. – 494 с.
19. Горелов А. П. Уголовно-правовая охрана сферы предпринимательской деятельности как направление обеспечения экономической безопасности России : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Горелов Александр Петрович. – М., 2004. – 340 с.
20. Егоршин В. М. Преступность в сфере экономической деятельности : монография / В. М. Егоршин В.М., В. В. Колесников. – СПб. : Фонд «Университет», 2000. – 273 с.
21. Господарство : матеріал з Вікіпедії [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Господарство>.
22. Економіка : матеріал з Вікіпедії [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Економіка>.
23. Економічний словник-довідник / за ред. д-ра екон. наук, проф. С. В. Мочерного. – К. : Феміна, 1995. – 368 с.
24. Основи економічної теорії : підручник / за заг. ред. д-ра екон. наук, проф. Л. С. Шевченко. – Х. : Право, 2008. – 448 с.
25. Панов М. М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків : монографія / наук. ред. д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України В. І. Борисов / М. М. Панов. – Х. : Право, 2009. – 184 с.
26. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономической деятельности : понятие, система, проблемы квалификации и наказания / Н. А. Лопашенко. – Саратов : СГАП, 1997. – 479 с.
27. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений / И. А. Клепицкий. – М. : Статут, 2005. – 571 с.
28. Волженкин Б. В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России / Б. В. Волженкин. – СПб. : Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – 765 с.
29. Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю : монографія / О. Е. Радутний. – Х. : Ксилон, 2008. – 202 с.
30. Мазур С. Ф. Уголовно-правовая охрана экономических отношений в сфере частного предпринимательства : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Мазур Сергей Филиппович. – М., 2004 – 725 с.
31. Пинкевич Т. В. Криминологические и уголовно-правовые основы борьбы с экономической преступностью : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Пинкевич Татьяна Валентиновна. – М., 2002 – 417 с.

32. Бойко А. М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-кримінологічне дослідження) : монографія / А. М. Бойко. – Львів : Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – 380 с.
33. Кальман О. Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Кальман Олександр Григорович. – Х., 2004. – 424 с.
34. Стрельцов Є. Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти : навч. посібник / Є. Л. Стрельцов. – Одеса : Астропринт, 2000. – 476 с.
35. Пионтковский А. А. Советское уголовное право: Особенная часть. Т. 2 / А. А. Пионтковский. – М.-Л. : ГИЗ, 1928. – 428 с.
36. Кругликов Л. Л. Экономические преступления (вопросы дифференциации и индивидуализации ответственности и наказания) : учеб. пособие / Л. Л. Кругликов, Н. О. Дулатбеков. – Ярославль : Яросл. гос. ун-т, 2001. – 159 с.
37. Турченко О. В. О содержании и видовых характеристиках объекта преступлений в сфере хозяйственной деятельности / О. В. Турченко // Правова держава. – 2005. – № 8. – С. 216–221.
38. Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 2. Особенная часть / А. В. Наумов. – М. : Юрид. лит., 2004. – 832 с.
39. Ларичев В. Д. Проблемы согласования объектов преступлений, предусмотренных разделом VIII УК РФ «Преступления в сфере экономики» / В. Д. Ларичев, О. Ю. Исаев // Научный портал МВД России. – 2014. – № 1. – С. 11–18.
40. Энциклопедия уголовного права. Т. 19. Преступления в сфере экономической деятельности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2012. – 1215 с.
41. Чернявський С. С. Фінансове шахрайство : методологічні засади розслідування : монографія / С. С. Чернявський. – К. : «Хай-Тек Прес», 2010. – 624 с.
42. Кальман А. Г. Экономическая преступность как криминологическое понятие / А. Г. Кальман // Государство и право. – 2003. – № 3. – С. 101–104.
43. Боротьба з господарськими злочинами / Ф. А. Лопушанський, В. П. Філонов, Ю. Л. Титаренко та ін. – Донецьк, 1997. – 160 с.
44. Змішана економіка : матеріал з Вікіпедії [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: http://uk.wikipedia.org/wiki/Змішана_економіка.
45. Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
46. Кучеров И.И. Налоги и криминал. Историко-правовой анализ. – М.: Первая Образцовая типография, 2000. – 349 с.
47. Демидова Л. М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика : монографія / Л. М. Демидова. – Х. : Право, 2013. – 752 с.

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ – ЧАС ВИЗНАЧИТИСЬ ЗІ СТРАТЕГІЄЮ РОЗВИТКУ¹

Одним із наслідків прийняття Закону України від 16 липня 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) двома новими кримінально-правовими заборонами – ст. 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності» і ст. 220-2 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансових організацій, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи». Вказані заборони стали не першими з числа тих, за рахунок яких у 2015 р. відбулося збільшення кількості статей, розміщених у розділі VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності», – 2 березня цього року Верховна Рада (далі – ВР) України прийняла рішення про доповнення КК ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності». Загалом правотворчість у частині оновлення кримінального законодавства про відповідальність за господарські злочини не може не вражати своєю інтенсивністю. Маємо на увазі те, що за час дії чинного КК, прийнятого в 2001 р., розділ VII його Особливої частини був доповнений 14 новими статтями при одночасному вилученні з нього 17 статей. На сьогодні в цьому розділі КК не залишилось жодної статті, викладеної в її первинній редакції.

Відомий фахівець із проблематики кримінально-правової протидії економічним злочинам М.В. Талан слушно зазначає, що за новелами кримінальної відповідальності за такі злочини можна простежити історію економічного розвитку держави, визнати пріоритети її економічної політики [1]. На думку ще одного знаного фахівця з висвітлюваної проблематики Є.Л. Стрельцова, звернення до всіх кримінальних кодексів України, чинних від початку 20-х рр. XX століття до сьогодення, показує, що принципові особливості здійснення економічних процесів на різних етапах нашої державності набували відображення в цих правових документах [2].

Варто, однак, зробити застереження: моніторинг, про який веде мову М.В. Талан і доречність якого випливає з висловлювання Є.Л. Стрельцова, може розраховувати на успіх лише за умови вираженої, осмисленої, адекватної соціально-економічним реаліям законотворчості. Проте навіть поверховий аналіз відповідних новел дає підстави констатувати, що нетипово високі кількісні показники законодавчої активності далеко не завжди позитивно відображаються на якості КК у частині відповідальності за господарські злочини. На жаль, звичними для кримінально-правової політики у сфері охорони господарської діяльності в сьогоденній Україні (якщо вважати, що така політика все ж існує) є постійна зміна її векторів і суперечливість, внесення законодавчих змін без належного теоретичного обґрунтування і нерідко відсутність у цих новелах практичного сенсу.

При цьому, незважаючи на те, що проблематика кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності за кількістю наукових публікацій є серед тематики Особливої частини кримінального права України своєрідним «лідером», якщо обмежитись оцінкою робіт лише монографічного рівня, можна констатувати, що їх переважну більшість присвячено кримінально-правовій характеристиці складів конкретних злочинів. Праць універсальних, в яких би давався поглиблений юридичний аналіз усієї системи господарських злочинів, розкривались закономірності кримінально-правової охорони господарських відносин, висвітлювались наскрізні кримінально-правові проблеми злочинів у сфері господарської діяльності, поки що бракує.

Викладені вище обставини і спонукали нас до написання цієї статті, мету якої можна визначити як осмислення тенденцій кримінально-правової охорони господарських відносин, а також з'ясування бачення вітчизняних правотворців перспектив розвитку кримінального законодавства, присвяченого злочинам у сфері господарської діяльності. Досягнення задекларованої мети, у першу чергу, вимагає розкриття тих обставин, які мали вирішальний вплив на формування змістовної наповненості розділу VII Особливої частини КК.

Нагадаємо, що початок 90-х рр. минулого сторіччя ознаменував собою кардинальну зміну векторів розвитку вітчизняної економіки, коли радянська адміністративно-командна система почала трансформуватись у ринкову модель розвитку суспільства. Ці кардинальні суспільні зміни, зважаючи на їх масштабний та всеохоплюючий характер, не могли не відобразитись і на стані кримінально-правової охорони господарської діяльності. З кожним днем усе нагальнішою ставала потреба в скасуванні і або щонайменше в перетворенні багатьох положень чинного на той час кримінального закону, «підігнутого» під рамки старої економічної системи.

І вже з 1992 р. в Україні розпочинається процес активного реформування кримінального законодавства, який мав на меті приведення його положень у відповідність до нових економічних реалій. При цьому як головний інструмент досягнення зазначеної мети виступила об'ємна декриміналізація, у результаті якої поступово була скасована кримінальна відповідальність за діяння, що в умовах нових суспільних відносин

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2 (5). – С. 216–263.

або втратили свою небезпечність, або не вимагали заходів кримінально-правового впливу для боротьби з ними, або ж становили собою спеціальні діяння стосовно більш загальних [3]. Як результат, у КК України від 5 квітня 2001 р., прийняття якого ознаменувало завершення згаданого процесу, закономірно не знайшлося місця жодній із заборон, за допомогою яких раніше забезпечувалась кримінально-правова охорона соціалістичної системи господарювання (норми про приписки та інші перекручення звітності про виконання планів, заняття приватнопідприємницькою діяльністю, комерційне посередництво, незаконна переуступка жилого приміщення, незаконний відпуск бензину чи інших паливно-мастильних матеріалів, спекуляцію, порушення правил торгівлі, злочинно-недбале зберігання зерна і насіння олійних культур, злочинно-недбале використання або зберігання сільськогосподарської техніки тощо). Деякі інші діяння (зокрема, порушення ветеринарних правил, незаконна порубка лісу, незаконне полювання), з огляду на їх екологічну спрямованість, перестали визнаватися посяганнями у сфері господарської діяльності і в законодавчому порядку почали розцінюватися як злочини проти довкілля.

Разом з тим неминучим наслідком активного розвитку ринкових відносин стало зростання економічної злочинності, оновлення та ускладнення її форм. Маються на увазі суспільно небезпечні прояви у сфері оподаткування і зайняття господарською діяльністю, посягання на права кредиторів і споживачів, порушення засад добросовісної конкуренції і приватизації тощо. Тому поряд із декриміналізацією законодавець був змушений вдатися до використання і такого інструменту кримінально-правової політики, як криміналізація. Розпочавшись у 1994 р., цей процес, як і попередній (декриміналізація), був завершений з прийняттям чинного КК. Як наслідок, до числа кримінально караних були віднесені, зокрема такі, невідомі радянському кримінальному законодавству діяння, як порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю, фіктивне підприємництво, незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту піддакцизних товарів, протидія законній господарській діяльності, легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом, ухилення від сплати податків, ухилення від повернення виручки в іноземній валюті, фіктивне банкрутство, доведення до банкрутства, незаконні дії в разі банкрутства, незаконне використання товарного знака. Крім того, до злочинів у сфері господарської діяльності було віднесено деякі посягання, які раніше на законодавчому рівні розглядалися як злочини проти держави і відповідальність за які була передбачена статтями 70, 79, 80-3 і 80-4 КК 1960 р. (контрабанда, виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів, порушення законодавства про бюджетну систему, видання нормативних актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку).

Таким чином, з ухваленням КК 2001 р. у кримінально-правовій охороні господарської діяльності намітився своєрідний баланс: з одного боку, кримінальне законодавство було «очищено» від норм-анахронізмів, які не вписувалися в рамки нової економічної системи; з іншого, у ньому з'явилась низка заборон, якими передбачалась відповідальність за нові форми злочинності, пов'язані з переходом економіки на ринкові рейки.

Із досягненням такої «рівноваги» законодавство про кримінальну відповідальність за господарські злочини певною мірою стабілізувалось. У перші роки після прийняття чинного КК кримінально-правова політика у сфері охорони господарської діяльності загалом характеризувалась виваженістю, а зміни, які вносились до розділу VII Особливої частини КК, – обґрунтованістю. До таких виправданих змін можемо віднести:

1) доповнення 17 січня 2002 р. КК ст. 203-1 «Порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорту дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорту обладнання чи сировини для їх виробництва», що було вимушеним кроком законодавця у відповідь на потужний тиск на Україну з боку США, які у разі відсутності такої відповідальності загрожували застосуванням до України серйозних санкцій у сфері ЗЕД. Офіційна позиція США полягала в тому, що Україна, будучи одним із найбільших виробників та експортерів контрафактної продукції в Європі, протягом тривалого періоду не спромоглася вжити дієвих заходів для боротьби з піратським виробництвом дисків;

2) доповнення 16 січня 2003 р. КК ст. 209-1 «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом», що з певними застереженнями можна було розцінювати як виконання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань у частині посилення ефективності протидії відмиванню «брудних» доходів;

3) виключення 3 квітня 2003 р. з КК ст. 230 «Порушення антимонопольного законодавства», яке пояснювалось як недостатнім рівнем суспільної безпеки діянь, передбачених диспозицією цієї кримінально-правової норми, так і наявністю серйозних господарських санкцій за їх вчинення;

4) доповнення 17 листопада 2005 р. КК ст. 212-1 «Ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», що було зумовлено змінами в регулятивному законодавстві (набранням чинності більшістю положень Закону України від 9 липня 2003 р. «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»), внаслідок яких ст. 212 КК, в якій фігурують лише ті обов'язкові платежі, що входять до системи оподаткування, вже не забезпечувала правомірне функціонування системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування;

5) доповнення 23 лютого 2006 р. КК ст. 232-1 «Розголошення або використання неопрілюдненої інформації про емітента або його цінні папери», що аргументувалось активним розвитком інститутів фондового ринку в Україні і водночас інсайдерським характером останнього. Це призводило до унеможливлення визначення справедливої ціни на цінні папери, відлякування професійних інвесторів і населення від інвестування в цінні папери та, як наслідок, зменшення ліквідності фондового ринку.

Не дивлячись на загалом позитивне ставлення до самого факту внесення перерахованих законодавчих змін, маємо відзначити низький рівень законодавчої техніки, продемонстрований при конструюванні згаданих кримінально-правових новел. Не зупиняючись у черговий раз на їх вадах (вони неодноразово озвучувались на сторінках юридичної літератури, у т. ч. авторами цих рядків), зазначимо лише, що недосконалість формулювань згаданих кримінально-правових норм згодом була визнана і самим законодавцем, підтвердженням чого стало ухвалення нової редакції кожної з них.

Таким чином, у період із квітня 2001 р. по грудень 2008 р. розділ VII Особливої частини КК був доповнений лише чотирма новими і «позбавлений» усього однієї заборони. І це при тому, що на вказаний період припало ухвалення нового Цивільного кодексу України, Господарського та Митних кодексів України, а також низки інших законів («Про цінні папери та фондовий ринок», «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом», «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» тощо), які в своїй сукупності серйозним чином змінили правові засади господарювання в Україні. До того ж не варто забувати, що у зв'язку зі зміною векторів зовнішньої політики саме в цей проміжок часу українська влада почала активно займатися приведенням вітчизняного законодавства у відповідність до європейських стандартів.

Але поступово правотворчість у сфері кримінально-правової охорони господарських відносин вступає в нову фазу, характерною рисою якої стає намагання перетворити кримінальне законодавство і перманентні зміни до нього ледь не на головний засіб подолання існуючих у державі економічних негараздів. Почало все частіше ігноруватись аксіоматичне положення про те, що кримінальний закон – не панацея від усіх хвороб суспільства, і головне його призначення як *ultimo ratio* (крайнього засобу) полягає не у вирішенні економічних проблем, а в правовому забезпеченні боротьби з тими діями, які характеризуються суспільною небезпекою та становлять реальну загрозу для людини, суспільства або держави. При цьому характерною для розвитку кримінального законодавства про господарські злочини стає тенденція, яку В.О. Навроцький влучно позначив як кількісне зростання обсягу кримінального закону при фактично незмінній законодавчій криміналізації, коли поява в КК дедалі нових і нових статей насправді не веде до очікуваного збільшення кола кримінально караних діянь. Чи не всі новели розділу про злочини у сфері господарської діяльності вчений відносить до різновидів шахрайства в його широкому розумінні [4].

Одночасно маємо зазначити, що негативний вплив цієї тенденції на стан кримінально-правової охорони господарської діяльності значно зріс при її «накладенні» на іншу негативну тенденцію – погіршення якості кримінального закону. Так, проаналізувавши зміни до КК, В.О. Навроцький зробив невтішний висновок про те, що фактично жодна із законодавчих новел не була спрямована на кардинальне вирішення проблем, які стосуються кримінально-правових питань, визначення рівня бланкетності тощо. Навпаки, нові норми переважані малозрозумілими і для фахівців-криміналістів, і для населення термінами, передбачають звернення до нормативно-правових актів інших галузей законодавства, суперечливі [5].

Умовно початком цього нового етапу законотворчості можна вважати 25 грудня 2008 р. – дату ухвалення прийнятого в розпал глобальної економічної кризи Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів», на підставі якого КК було доповнено одразу трьома новими заборонами – ст. 223-1 «Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів», ст. 223-2 «Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів» і ст. 232-2 «Приховування інформації про діяльність емітента», а ст. 223 і ст. 232-1 КК викладено в нових редакціях.

Уже на стадії обговорення первинної редакції законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 25 грудня 2008 р., у стінах парламенту висловлювались сумніви у виправданості такого кроку. Так, фахівцями Головного науково-експертного управління Апарату ВР України відзначалось, що аналіз змісту пропонованих кримінально-правових новел свідчить про те, що нові склади злочинів є «спеціальними» щодо вже передбачених ст. 364 і ст. 367 чинного КК. При цьому законопроектом передбачалось встановлення за вчинення цих злочинів значно більш м'яких покарань, ніж ті, які передбачені в ст. 364 і ст. 367 КК. Парламентські експерти вказали на парадоксальність запровадження таких «привілейованих» складів злочинів і необхідність спеціального обґрунтування цього кроку, однак слушні зауваження фахівців залишились поза увагою депутатів. У підсумку доповнення КК статтями 223-1, 223-2, 232-2 і подальше (21 квітня 2011 р.) включення до розділу VII Особливої частини КК ще однієї подібної кримінально-правової заборони – ст. 222-1 «Маніпулювання на фондовому ринку» стало наочним проявом поєднання тих негативних явищ у законотворчості, на існування та необхідність подолання яких звертав увагу В.О. Навроцький.

Так, усі згадані кримінально-правові новели, крім подібності основних безпосередніх об'єктів, об'єднує те, що визначення ознак відповідних складів злочинів нормами КК із бланкетними диспозиціями вимагає постійного звернення до положень регулятивного законодавства, які, своєю чергою, нерідко сформульовані за допомогою оціночних та малозрозумілих розпливчастих понять.

Наприклад, визначення поняття інсайдерської інформації наводиться в ст. 44 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок», в якій вказується, що оприлюднення такої інформації може істотно вплинути на вартість цінних паперів (деривативів); порядок же визначення впливу «істотним» у названому Законі не розкритий. Доречно нагадати, що на результативність кримінально-правової протидії інсайдерським зловживанням, здійснюваної на підставі ст. 232-1 КК, негативним чином впливала в т. ч. та обставина, що в прийнятому в 2006 р. у порядку делегування повноважень законодавцем рішенні Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку «Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської» закріплювався занадто вузький перелік відповідних відомостей [6]. Зазначимо і те, що при описанні ознак складу злочину, передбаченого ст. 232-1 КК, використано настільки складні конструкції, що їх опанування, яке вимагає звернення і до нормативно-правових засад функціонування фондового ринку, є складним завданням не лише для пересічних громадян і середньостатистичних юристів, а і «вузьких» фахівців у відповідній сфері знань.

Ще більш показовими в цьому аспекті є положення ст. 10-1 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», в якій мали б бути встановлені чіткі орієнтири того, які дії є маніпулюванням на фондовому ринку (ст. 222-1 КК), а які – ні. Але замість цього при зверненні до вказаної норми правозастосувач зустрічається з такими розпливчастими формулюваннями, як *«намагання здійснити операції»*, *«можуть надати уявлення»*, *«цін, інші ніж ті, що існували б за відсутності таких операцій»*, *«може призвести до введення в оману учасників ринку»*, *«поширення недостовірної інформації, яку особа повинна була знати»*, *«які не мають очевидного фінансового сенсу»*, *«ціною, що має суттєве відхилення від ринкової»* тощо. Як слушно зазначає В.О. Гацелюк, описання кримінально-правової заборони щодо маніпулювання на фондовому ринку не відповідає усталеним прийомам законодавчої техніки і принципам кримінального права [7].

Зрозуміло, що за умов подібного конструювання згаданих заборон про їх ефективне застосування на практиці годі було і говорити. Красномовними у зв'язку з цим виглядали статистичні дані, озвучені парламентськими експертами під час розгляду питання про доцільність доповнення КК ст. 222-1 «Маніпулювання на фондовому ринку»: виявляється, що протягом 2008–2010 рр. у справах про злочини, передбачені статтями 223, 223-1, 223-2, 232-1, 232-2 КК, судами не було винесено жодного обвинувального вироку. Подібна «ефективність» досліджуваних норм (у т. ч. прийнятої пізніше ст. 222-1 КК) спостерігається і нині [8]. Разом з тим ми свідомі того, що сам по собі факт рідкого застосування (або взагалі незастосування) тієї чи іншої кримінально-правової норми не може слугувати достатньою підставою для виключення цієї норми з КК (докладніше про це йтиметься далі).

Таким чином, результатом відповідних законодавчих новел стало, з одного боку, істотне поповнення когорт «мертвих» норм КК, а, з іншого, неможливість застосування до осіб, винуватих у суспільно небезпечних посяганнях на фондовий ринок, норм про «традиційні» злочини у сфері службової діяльності. Як наслідок, замість задекларованого вдосконалення кримінальної відповідальності було створено зручне підґрунтя для уникнення кримінальної відповідальності осіб, котрі вчинили злочини на фондовому ринку.

З огляду на викладене вище, щонайменше здивування викликає адресоване Кабінету Міністрів України доручення невідкладно внести на розгляд ВР України законопроект про внесення змін до КК щодо «посилення відповідальності за вчинення злочинів у сфері господарської діяльності, що передують легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (у тому числі за незаконне використання інсайдерської інформації, маніпулювання на фондовому ринку)» (п. 1 Рекомендацій парламентських слухань на тему: «Перспективи запровадження Європейським Союзом безвізового режиму для громадян України», схвалених постановою ВР України від 14 травня 2015 р.).

22 грудня 2010 р. ВР України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні» (далі – Закон від 22 грудня 2010 р.), головним наслідком якого стало доповнення КК ст. 203-2 «Зайняття гральним бізнесом». Нагадаємо, що появі вказаної заборони в КК передувало запровадження законодавчої заборони грального бізнесу в Україні: маємо на увазі Закон від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні» (далі – Закон від 15 травня 2009 р.). Приводом до цієї заборони стала нічна пожежа в одному із залів гральних автоматів у м. Дніпропетровськ, що призвела до загибелі дев'яти та отримання різних ступенів тяжкості тілесних ушкоджень ще одинадцятьма особами.

Не ставлячи під сумнів необхідність упорядкування існуючих на той час правил ведення грального бізнесу, не можемо погодитись з тим, що як каталізатор до його заборони в Україні виступили наслідки згаданої жакливної події. Гіркий світовий досвід засвідчує, що внаслідок порушень правил пожежної безпеки подібного роду трагедії з не меншою часткою ймовірності можуть статися в будь-якому іншому місці скупчення людей –

ресторані, нічному клубі, кінотеатрі, стадіоні, концертному залі тощо [9]. Проте, незважаючи на періодичність подібних трагедій, вони не сприймаються як приводи до заборони, наприклад, футбольних матчів, нічних клубів або концертів.

Викликає подив і той спосіб, в який приймалось рішення про заборону грального бізнесу в Україні. Видається, що навіть за умови виявлення об'єктивних підстав для заборони грального бізнесу, законодавець мав би передбачити певний перехідний період, протягом якого відповідні суб'єкти господарської діяльності могли б переорієнтувати свій бізнес, а наймані працівники підшукати іншу роботу. Натомість у Прикінцевих положеннях Закону від 15 травня 2009 р. передбачалося набрання чинності останнім з дня його опублікування та одночасне скасування раніше виданих суб'єктам підприємницької діяльності ліцензій. При цьому вказаний Закон проігнорував проблему хоча б часткового відшкодування збитків, завданих відповідним суб'єктам, пов'язаних зі сплатою коштів за отримання скасованих ліцензій.

Звичайно, до мотивів ухвалення Закону від 15 травня 2009 р. можна ставитись по-різному. З одного боку, мали рацію ініціатори відповідного законопроекту, пояснюючи необхідність його прийняття стрімким зростанням за останні роки (перед 2009 р.) кількості суб'єктів та об'єктів грального бізнесу, ускладненням криміногенної ситуації на вказаних об'єктах, зокрема, зростанням кількості злочинів, пов'язаних із залежністю від азартних ігор та фінансових правопорушень у цій сфері. Резонними виглядали і зауваження стосовно того, що особливе занепокоєння і тривогу суспільства викликало різке зростання кількості гральних автоматів, розміщених не у відведених для цього місцях та залів гральних автоматів, які, незважаючи на законодавчу заборону, відвідувалися неповнолітніми. З урахуванням сказаного логічною виглядала сформована мета відповідного законопроекту – «захист прав і свобод громадян, моральності та здоров'я населення, використання власності в інтересах людини і суспільства».

З іншого боку, будемо відвертими та визнаємо, що деякі види легалізованої в Україні господарської діяльності спричиняють шкоду тим саме цінностям, про які вели мову розробники згаданого законопроекту. Це, перш за все, виробництво і реалізація алкогольних напоїв і тютюнових виробів, негативний вплив яких на моральність і, тим більше, на здоров'я населення та використання власності в інтересах людини і суспільства істотно переважає ту шкоду, яка завдається згаданим цінностям функціонуванням грального бізнесу. Але ж, ураховуючи гіркий досвід багатьох країн, українська влада не намагається повністю заборонити ні виробництво, ні споживання алкогольних напоїв і тютюнових виробів. Натомість, «примирившись» із неможливістю подолання цих негативних явищ на сьогодишньому етапі розвитку суспільства і створивши більш-менш чіткі правові рамки такої діяльності, держава, по-перше, отримала одне з основних джерел надходжень до бюджету [10] і, по-друге, домоглася істотної детінізації цієї сфери господарської діяльності.

Закон же від 15 травня 2009 р., нагадуючи в цьому сенсі сумнозвісний «сухий закон» [11], став потужним криміногенним чинником. Вказаному Закону, як відомо, підкорились далеко не всі суб'єкти грального бізнесу, одна частина з яких продовжила свою діяльність у завуальованих формах (віртуальні казино, інтернет-кафе, покерні клуби, зали електронних розваг та атракціонів тощо), а інша – у тих же формах, що і раніше, але перейшовши під «патронат» одного з так званих кришувальних органів (передусім органів внутрішніх справ). Фактично внаслідок непрофесійних дій державної влади цілий сектор економіки опинився у тіні. Не викликає сумнівів, що Україна гостро потребує сучасного законодавства, покликаного врегулювати сферу азартних ігор, виконання положень якого мають забезпечувати відповідні кримінально-правові заборони.

Повертаючись безпосередньо до кримінально-правового аспекту розглядуваної проблеми, зазначимо, що після вступу в дію Закону від 15 травня 2009 р. і до набрання чинності Законом від 22 грудня 2010 р., на підставі якого, як вже зазначалось, КК доповнено статтею 203-2, особи, які займались гральним бізнесом, повинні були нести відповідальність за ст. 203 КК «Зайняття забороненими видами господарської діяльності». Інакше кажучи, на момент включення до КК ст. 203-2 як спеціальної (щодо ст. 203 КК) норми в кримінальному законодавстві не спостерігалось відповідної прогалини, про яку, однак, були б підстави говорити у випадку відсутності досліджуваної статті після виключення ст. 203 із КК згідно із Законом від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (його положення аналізуватимуться нижче).

Постає питання про доречність включення розглядуваної заборони до розділу VII Особливої частини КК. Як зазначалося вище, авторами Закону від 15 травня 2009 р. мета останнього була сформульована як «захист прав і свобод громадян, моральності та здоров'я населення, використання власності в інтересах людини і суспільства». Звідси випливає, що першочерговим завданням вказаного Закону проголошувався захист цінностей, що не мають нічого спільного з тими, що повинні охоронятися нормами, зосередженими в розділі КК «Злочини у сфері господарської діяльності».

До такого ж висновку схиляє і текст пояснювальної записки до законопроекту про заборону грального бізнесу, який дозволяє стверджувати, що авторами цієї законодавчої ініціативи гральний бізнес розглядається, перш за все, не як вид діяльності, який завдає шкоду господарським відносинам, а як один із різновидів «фо-

нових» явищ злочинності, що виступає каталізатором морально-психічної деформації особи [12]. Традиційно до таких явищ відносять наркоманію, алкоголізм, порушення норм соціальної моралі, громадського порядку і безпеки, проституцію тощо. Виходячи з цього, можна дійти до, здавалось б, парадоксального висновку: норма про зайняття гральним бізнесом має бути розташована не в розділі VII, а в розділі XII Особливої частини КК «Злочини проти громадського порядку та моральності».

До речі, у цьому розділі розміщено норми, подібні за своєю спрямованістю до ст. 203-2. Мова йде, наприклад, про ст. 303 КК «Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією», якою передбачено відповідальність за вид діяльності, яка, по суті, є господарською, адже її змістом виступає надання послуг, що мають цінову визначеність. Із гральним бізнесом такий вид діяльності об'єднує і те, що він за умови його легалізації також міг би стати істотним джерелом надходжень до бюджету, але через суспільний осуд така діяльність теж опинилась поза законом. Перспективи реформування кримінально-правових заборон, присвячених створенню та утриманню місць розпусти і звідництва (ст. 302 КК) і сутенерству або втягненню особи в заняття проституцією (ст. 303 КК), значною мірою є похідними від того, чи буде в Україні колись легалізована проституція.

У світовій практиці наявні три моделі законодавчого регулювання азартних ігор залежно від ставлення до них з боку того чи іншого суспільства: 1) цілкова заборона азартних ігор – характерна для країн із високим рівнем впливу релігії на життя суспільства; 2) часткова легалізація грального ринку, коли держава дозволяє лише деякі види азартних ігор, і територіально гральний бізнес може бути зосереджений у спеціальних гральних зонах; 3) повна легалізація грального бізнесу в рамках державного контролю азартних ігор [13].

Включення зайняття гральним бізнесом до системи господарських злочинів могло сприйматись як виправданий крок за умови легалізації (повної або часткової) ведення грального бізнесу, як це має місце в країнах другої та третьої груп, із викладенням назви відповідної статті КК у редакції, подібної до назви ст. 171-2 КК РФ «Незаконна організація і проведення азартних ігор». Однак повністю заборонивши гральний бізнес, Україна дала підстави віднести її до числа країн першої групи, на досвід яких, вочевидь, і мав орієнтуватись вітчизняний законодавець при вирішенні питання про місцезнаходження заборони щодо зайняття гральним бізнесом у системі Особливої частини КК. У переважній ж більшості країн світу, в яких існує цілкова заборона грального бізнесу, недотримання відповідних приписів розцінюється як посягання не на господарську діяльність, а на різноманітні цінності, які об'єднує те, що змістовно вони подібні до охоронюваних розділом XII Особливої частини КК України.

Так, діяння, близькі до передбачених у ст. 203-2 КК України, визнаються посяганнями на:

- безпеку суспільства загалом (державні та суспільні цінності, соціальні відносини) – ст. 308 глави 6 розділу IV КК Королівства Бахрейн; Глава йюд бет «Заборонені азартні ігри, лотереї та ставки» розділу хет Закону про кримінальне право Держави Ізраїль; глава 7 розділу 8 КК Республіки Ірак; ст. 236 глави 22 «Створення гральних будинків, організація проведення лотерей, неправомірні дії, що пов'язані із трупами» КК Федеративної Республіки Нігерія; ст. 232 «Створення гральних будинків» розділу IV КК Незалежної Держави Папуа – Нова Гвінея;

- родинні відносини – ст. 249 розділу VII КК Багатонаціональної Держави Болівія;

- суспільну мораль (мораль; честь та мораль; моральність та порядність; громадське здоров'я, безпека, затишок, порядність та моральність) – глава I «Азартні ігри» розділу III КК Республіки Венесуела; ст. 542 «Відкриття місць для азартних ігор» глави VI КК Республіки Індонезія; статті 92–93 розділу III КК Держави Лівія; глава VII «Азартні ігри» розділу V КК Султанату Оману; ст. 556 «Створення гральних будинків» розділу IV КК Федеративної Республіки Сомалі; ст. 237 «Створення гральних будинків та приміщень для лотерей» глави 19 КК Республіки Судан; ст. 240 «Незаконна організація чи утримання притонів для азартних ігор» глави 25 розділу X КК Республіки Таджикистан; ст. 567 глави 1 розділу 3 КК Турецької Республіки; глава 1 «Азартні ігри та ставки» розділу 6 КК Республіки Філіппіни;

- громадський порядок (громадську безпеку та громадський порядок; адміністративний порядок; державний та приватний спокій) – ст. 248 «Азартні ігри» глави XIX КК Соціалістичної Республіки В'єтнам; ст. 303 «Участь у колективних азартних іграх, організація гральних будинків або професійне заняття гральною діяльністю» глави 6 «Злочини проти порядку громадського управління» КК КНР; глави XIII «Заборонені ігри» розділу IV Республіки Куба; ст. 398 «Азартні ігри» розділу 33 КК Республіки Македонія; ст. 243 «Азартні ігри» глави 26 КК Монголії; ч. 4 ст. 397 КК Республіки Ель-Сальвадор; ст. 278 «Організація чи утримання притонів для азартних ігор» глави XX КК Республіки Узбекистан;

- релігію та повагу до мертвих – ст. 274 глави 3 «Розпивання алкогольних напоїв, азартні ігри та жебрацтво» КК Держави Катар;

- порядок соціалістичного колективного життя – ст. 266 глави 8 КК КНДР;

- власність – розділ VI частини 8 КК ОАЕ;

- здоров'я та затишок – ст. 171 «Створення гральних будинків» глави XVII КК Об'єднаної Республіки Танзанія; ст. 161 «Створення гральних будинків» глави XVI КК Республіки Уганда.

Ми усвідомлюємо, що опоненти висловленої нами точки зору як на контраргументи можуть вказати на: 1) недоцільність аналізу законодавства перерахованих країн, оскільки правові системи більшості з них, на відміну від України, відносяться не до романо-германської, а до релігійної, традиційної (звичаєвої) та соціалістичної сімей права; 2) істотні розбіжності між економічними системами відповідних держав та України; 3) значно вищий, ніж в Україні, рівень впливу релігії на життя суспільства в більшості згаданих держав. Погоджуючись зі справедливостю таких зауважень, мусимо зазначити, що передусім вони повинні бути адресовані вітчизняному законодавцю, який, ухваливши рішення про тотальну заборону грального бізнесу, поставив нашу державу на один щабель з «релігійними», а не з розвинутими світськими західними країнами, до когорт яких прагне належати Україна.

Слід також нагадати, що кримінальна відповідальність фізичної особи, винуватої у вчиненні злочину – зайнятті гральним бізнесом, не виключає застосування до суб'єкта господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, штрафу, передбаченого ст. 3 Закону від 15 травня 2009 р. Тут, щоправда, постає питання про сенс кримінально-правової санкції у вигляді штрафу на максимальну суму у 850 тис. грн., якщо за вчинення цього ж правопорушення передбачається адміністративно-правовий штраф у розмірі 8000 мінімальних заробітних плат. Невже законодавець впевнений у тому, що потенційного правопорушника може зупинити штраф як вид покарання у розмірі 850 тис. грн., якщо його не зупиняє штраф, який удесятеро більший за цю суму? [14] До того ж якщо суб'єкт господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, є фізичною особою, яку притягують за вчинення нею і до кримінальної, і до адміністративної відповідальності, вочевидь, можна вести мову про порушення закріпленого в ч. 1 ст. 61 Конституції України принципу *non bis in idem*.

З урахуванням класифікації злочинів, закріпленої в ст. 12 КК, і санкцій ст. 203–2 КК зайняття гральним бізнесом віднесено до особливо тяжких злочинів і визнано більш тяжким злочином, ніж навіть тяжке тілесне ушкодження, що вчинене шляхом мучення і спричинило смерть одного чи кількох потерпілих (ч. 2 ст. 121 КК), або груповий розбій (ч. 2 ст. 187 КК), або терористичний акт (ч. 1 ст. 258 КК) тощо. Парадоксально, але зайняття гральним бізнесом – діяльністю, яка лише відносно нещодавно мала і, судячи з риторики деяких можновладців [15], цілком ймовірно скоро знову набуде статусу легальності, – за ступенем суспільної небезпеки прирівнюється до умисного вбивства. Коментуючи подібний стан речей, В.О. Єгорова відзначає: «Таким чином задекларований Конституцією принцип, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, не відповідає дійсності. Законодавець фактично поставив економічні інтереси держави на один щабель з особистими правами людини, а це може свідчити про те, що відбулося повернення до радянських часів, коли інтереси держави домінували над інтересами людини» [16].

Загалом погоджуючись із наведеним критичним висновком, водночас уточнимо, що з урахуванням озвучених вище аргументів мова, скоріш за все, мала б йти про поставлення на один щабель з особистими правами людини цінностей на кшталт моральних засад розвитку суспільства, проте у жодному разі не економічних інтересів держави, яким гральний бізнес (діяльність, яка іманентно є економічно вигідною для держави і в усіх розвинутих країнах, як і в Україні до 15 травня 2009 р., є вагомим джерелом поповнення бюджету [17]) міг би зашкодити лише за умови його легалізації та порушення правил його ведення.

Найбільший резонанс як у суспільстві загалом, так і в наукових колах зокрема викликав такий акт законотворчості у розглядуваній сфері, як Закон України 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (далі – Закон від 15 листопада 2011 р.), на підставі якого з КК було виключено одразу 16 статей – 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 і 235. Прийняття цього Закону стало чи не найбільшим реформуванням вітчизняного КК за весь час його чинності. Подібна об'ємна декриміналізація сталася лише у 1992 р., коли було скасовано кримінальну відповідальність одразу за 18 діянь. Щоправда, тоді це було виправдано: початок 90-х років, як вже зазначалось, був часом кардинальної зміни економічної системи і проголошення переходу до ринкової моделі розвитку суспільства. Цього явно не спостерігалось у 2011 р., коли наш законодавець забажав змінити існуючу ситуацію в державі, пов'язану з підвищенням рівнем криміналізації господарських правопорушень, випадками зловживань з боку правоохоронних органів, погіршенням інвестиційного клімату в державі та зниженням підприємницької активності населення.

Коментуючи намагання авторів Закону від 15 листопада 2011 р. подолати «надмірне втручання правоохоронних органів у діяльність господарюючих суб'єктів», Н.О. Гуторова слушно відзначала, що аналіз 16 статей, виключених із КК, показує, що переважна більшість із них належала до числа «мертвих» норм, які або взагалі протягом декількох років не застосовувались, або їх застосування мало поодинокий характер. Значною мірою це було обумовлено різким зростанням НМДГ, що виступає в КК розрахунковою одиницею для обчислення розміру заподіяної шкоди або вартості предмета злочину [18].

Так, дані Державної судової адміністрації України за 2010 рік демонстрували, що за статтями, виключеними з КК, було засуджено: за ст. 202 – 8 осіб; за ст. 203 – 819; за ст. 207 – 5; за ст. 208 – 3; за ст. 215 – 20; за ст. 235

– 11, а за статтями 214, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 – нікого. Отже, більшість скасованих статей «не працювала». Враховуючи викладене, виключення з КК вказаних 16 статей навряд чи істотно зменшило тиск правоохоронних органів на суб'єктів господарювання, хоч саме така мета, серед інших, декларувалась ініціаторами розглядуваних законодавчих змін.

Що ж стосується заявленого подолання «завищеного рівня криміналізації правопорушень у сфері господарської діяльності», то частково ми погоджуємось із декриміналізацією, здійсненою на підставі Закону від 15 листопада 2011 р. Візьмемо, наприклад, ст. 214 КК «Порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння». Будучи переконаною в правильності здійсненої в 2001 р. криміналізації розглядуваного правопорушення і завершуючи підрозділ своєї кваліфікаційної роботи, присвячений соціальній зумовленості кримінальної відповідальності за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, К.В. Казанцева написала, що «у законодавця, безсумнівно, були усі необхідні і достатні соціально-економічні, нормативні, кримінологічні та соціально-психологічні фактори обґрунтованості зазначеної кримінально-правової норми» [19]. Ми, як і згадана авторка, не сумніваємось у необхідності підвищення ефективності державного контролю за діяльністю суб'єктів господарювання, які здійснюють операції з дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням. Однак не можемо не зважати на ту обставину, що фактично злочином згідно зі ст. 214 КК визнавалось невиконання договірних зобов'язань, допущене суб'єктом господарювання, який здійснює діяльність у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння на підставі отриманої у встановленому порядку ліцензії. І такий цивільно-правовий делікт не поєднувався з наявністю будь-якої криміноутворюючої ознаки на кшталт насильства, злісності або обману. Тому ст. 214 КК України, на наш погляд, могла розцінюватись як порушення принципу економії кримінально-правової репресії, який передбачає, що до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто звертатись лише в тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї.

Разом з тим, за виключенням доволі нечисленних випадків (крім ст. 214, йдеться хіба що про статті 217 і 226 КК), підстав вести мову про надмірність криміналізації господарських деліктів на час прийняття Закону від 15 листопада 2011 р. не було. Точніше вони були, але стосувалися передусім тих заборон, які з'явилися в розділі VII Особливої частини КК вже після 2008 р. (зокрема, статті 203-2, 222-1, 223-1) і не мали відношення до діянь, декриміналізованих відповідно до Закону від 15 листопада 2011 р.

Тут варто наголосити і на тому, що ефективність багатьох норм, вилучених із розділу VII Особливої частини КК у 2011 р., дійсно залишала бажати кращого. Але сам по собі факт рідкого застосування (незастосування) тієї чи іншої кримінально-правової норми не може слугувати достатньою підставою для декриміналізації діяння, караного за цією нормою. Так, трагічні події останніх років на Донбасі призвели до того, що розповсюдження набула ще донедавна поодинокі практика застосування більшості статей КК, якими передбачається відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України, терористичні, військові злочини тощо. Це зайвий раз підтверджує, що головним мірилом доцільності віднесення того чи іншого діяння до числа кримінально караних має виступати ступінь його суспільної небезпеки, а не поширеність певного діяння в той чи інший проміжок часу. Відносно невелика кількість кримінальних справ, порушуваних та розслідуваних за більшою частиною норм, виключених із КК на підставі Закону від 15 листопада 2011 р., свідчила не стільки про не розповсюдженість відповідних злочинів, скільки про їх латентність, складність розслідування цих злочинів, зумовлену в т. ч. вадами диспозицій кримінально-правових заборон, що не могло не перешкоджати притягненню винуватих правопорушників до кримінальної відповідальності.

Нелогічним було і вилучення з КК норм про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (ст. 202) і зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203), які є загальними щодо інших норм, залишених у розділі VII Особливої частини КК (статті 203-1, 203-2, 204, 213). Адже, наприклад, суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом на порядок нижча від здійснення, наприклад, діяльності з надання фінансових послуг чи професійної діяльності на ринку цінних паперів без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової установи. Діяльність «фінансових пірамід» у державі, як слушно зазначає І.Б. Медичкий, однозначно продукує більш небезпечні наслідки, ніж незаконна діяльність з металобрухтом [20].

Показовою у зв'язку з цим є та обставина, що в Плані законодавчого забезпечення реформ в Україні, схваленому постановою ВР України від 4 червня 2015 р., передбачено, серед іншого, розроблення і прийняття закону про заборону фінансових пірамід в Україні і встановлення кримінальної відповідальності за організацію або сприяння діяльності фінансових пірамід. Не ставлячи під сумнів потрібність ухвалення такого законодавчого акту, водночас не можемо не відзначити фрагментарність цього підходу до вирішення кримінально-правових проблем – фрагментарність, якої була виправдано позбавлена ст. 202 «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг», виключена з КК на підставі Закону від 15 листопада 2011 р.

Нехтування в процесі правотворчості наведеними вище аксіоматичними положеннями здатне призвести до виникнення ситуації, коли кримінальний закон через прогалини в ньому виявиться неспроможним належ-

ним чином реагувати на появу нових загроз для правоохоронюваних інтересів. Проілюструємо цю тезу за допомогою скасованої в 2011 р. ст. 207 КК «Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті». Ставлення до цієї кримінально-правової заборони як до пережитку адміністративно-командної системи радянського управління або антиринкового припису – вияву економічно невиправданої, помилкової криміналізації, що обмежує самостійність суб'єктів господарювання, є поверховим. Річ у тім, що залежно від стану валютної кон'юнктури і на різних історичних етапах майже всі країни світу застосовували і застосовують різноманітні валютні обмеження. Навіть у країнах із розвинутою ринковою економікою здійснюване державою правове регулювання валютного ринку, як повідомляє І.А. Клепицький, включає в себе кримінальні та адміністративні санкції [21]. Вважаємо, що в нашого законодавця за умов проведеної на початку 90-х рр. минулого століття лібералізації ЗЕД були вагомими підстави для криміналізації приховування валютної виручки як форми нелегальної втечі капіталів. Нормалізація ситуації в сфері оподаткування, загальне поліпшення інвестиційного клімату, стабільність законодавства і подальший рух по шляху ринкових реформ – усе це з часом дозволить інтегрувати вітчизняну економіку в світове господарство і стимулювати такі цивілізовані форми капіталовкладень за кордон, як експортні кредити та легальні прямі інвестиції. В Україні мають бути створені умови, за яких приховане вивезення капіталів за кордон втратить для резидентів економічне значення, а отже, відпаде потреба в кримінально-правовому реагуванні на протиправну поведінку учасників ЗЕД.

У світлі сказаного явно непродуманим стало рішення декриміналізувати таке діяння, як ухилення від повернення виручки в іноземній валюті, у 2011 р., коли про створення в Україні згаданих економічних умов вести мову не доводилось. Наслідки такого кроку добре відомі: у той час, коли з середини 2014 р. в Україні почала стрімко набирати оберти валютна криза, в арсеналі держави не знайшлося належних кримінально-правових механізмів протидії проявам суспільно небезпечної поведінки, раніше караної за ст. 207 КК і передусім пов'язаної з невиконанням запровадженої НБУ вимоги щодо обов'язкового продажу частини надходжень в іноземній валюті, при тому, що за існуючої несприятливої економічної кон'юнктури ці механізми однозначно стали б у нагоді.

З урахуванням викладеного одним з авторів цих рядків висловлювалась думка про віднесення до пріоритетних напрямів наукових досліджень у сфері кримінальної відповідальності за господарські злочини критичного осмислення законодавчих новел 2011 р., у т. ч. поєднаного з висуненням пропозицій, спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за частину безпідставно декриміналізованих діянь (ухилення від повернення валютної виручки, товарна контрабанда, порушення, пов'язані із неплатоспроможністю, тощо) [22]. Врешті-решт очевидний факт передчасності і значною мірою невиправданості проведеної в 2011 р. декриміналізації поступово починають усвідомлювати і самі законотворці.

Так, у пояснювальній записці до нещодавно (15 вересня 2015 р.) включеного до порядку денного сесії ВР України законопроекту «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації контрабанди підакцизних і контрафактних товарів (продукції) у великих розмірах» (№ 2840 від 14 травня 2015 р.) вказується на те, що з часу набрання чинності Законом від 15 листопада 2011 р. у частині скасування кримінальної відповідальності за контрабандне переміщення товарів відбулось значне зростання кількості правопорушень, пов'язаних із незаконним переміщенням через митний кордон України великих обсягів товарів. При цьому найбільш поширеними проявами контрабанди є незаконне переміщення через митний кордон України таких товарів, як алкогольні напої, цигарки, пальне, автомобілі, сільськогосподарська продукція, продукти широкого вжитку, дорогоцінні метали, оргтехніка тощо. Враховуючи це, автори законопроекту пропонують криміналізувати контрабанду підакцизних і контрафактних товарів (продукції) у великих розмірах (якщо вартість товарів у 250 і більше разів перевищує НМДГ) шляхом внесення відповідних змін до ст. 201 КК. Обґрунтовуючи необхідність такої новели, її ініціатори, серед іншого, вказують на те, що відсутність кримінальної відповідальності за вказані дії не дає змоги ефективно впливати на криміногенну обстановку в сфері боротьби з контрабандою та надавати відповідну допомогу партнерським спецслужбам і правоохоронним органам іноземних держав із ліквідації каналів незаконного переміщення через митний кордон України товарів підакцизної групи.

З приводу того, що виключення вказівки на товари з диспозиції ст. 201 КК, здійснене на підставі Закону від 15 листопада 2011 р., було не на часі, що країна економічно навряд чи була готова до такого кроку, наведемо всього один, але вельми красномовний факт. На одному із засідань РНБО в контексті подолання контрабандних схем ввезення в Україну м'яса та м'ясопродуктів висувалась ідея внесення до КК таких змін, які б дозволяли притягувати до кримінальної відповідальності за контрабанду невеликих партій вказаних товарів [23]. Тобто економічна ситуація змушувала державних діячів задумуватись не про декриміналізацію контрабанди товарів, а, навпаки, про часткову криміналізацію поведінки в сфері ЗЕД. Захист інтересів держав, економіка яких ґрунтується на вивезенні сировини і напівфабрикатів, а продовольча безпека забезпечується в основному за рахунок імпорту, має здійснюватись за допомогою кримінально-правових заходів. Крім цього, декриміналізація торговельної контрабанди означає, що викриття осіб, винуватих в її чинненні, повинне здійснюватись у межах адміністративного провадження без застосування оперативно-розшукових заходів, а

тому в багатьох випадках не може розраховувати на успіх [24]. Тим більше, що в літературі відзначають високу латентність контрабанди, зумовлену характером та особливостями цього злочину – відсутністю потерпілого та, як наслідок, інформації про злочин, глибокою конспірацією, ретельно спланованою підготовкою, відсутністю свідків і видимих слідів злочину [25]. Фактично у 2011 р. проблему кримінальної відповідальності за товарну контрабанду було вирішено розв'язувати лише під кутом економічної рентабельності розкриття і розслідування відповідних порушень митного законодавства і наповнення державної скарбниці.

Згадана вище ініціатива рекриміналізувати вказаний різновид контрабанди була підтримана парламентськими експертами. Зокрема, спираючись на статистичні показники, ними констатується, що, незважаючи на зниження загального рівня правопорушень у відповідній сфері (2014 р. – 7,7 тис., 2015 р. – 5737), значна кількість правопорушень, пов'язаних із порушенням митних правил, залишається або безкарними, або застосування відповідних санкцій не зупиняє правопорушників від подальшої протиправної поведінки, що і зумовлює пропозиції стосовно посилення відповідальності за такі правопорушення. Водночас у своєму висновку на законопроект № 2840 від 14 травня 2015 р. працівники Головного науково-експертного управління Апарату ВР України вказують на сумнівність використання в тексті удосконаленої ст. 201 КК (поряд із вказівкою на підакцизні товари) терміна «контрафактні товари», адже він застосовується лише до товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності. Виходить, що поза увагою кримінального закону залишаються такі товари, як пальне, продовольчі товари та інша продукція, виготовлена з порушенням технології або неправомірним використанням знака для товарів та послуг, чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само з неправомірним відтворенням товару іншої особи, тобто фальсифікована продукція, яка є одним з основних предметів контрабанди.

Додамо від себе, що авторами розглядуваного законопроекту жодним чином не пояснюється кількісний аспект предмета як криміноутворюючої ознаки відповідного складу злочину, хоча саме з приводу цього показника (великих розмірів товарної контрабанди) можливі і потрібні дискусії щодо доцільності пропонованих змін до ст. 201 КК. У черговий раз маємо справу з притаманною чинному КК фундаментальною проблемою, яку можна позначити як довільність показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів у сфері господарської діяльності.

До речі, це саме можна сказати про пп. 3.5.1 Коаліційної угоди від 27 листопада 2014 р., парафованої п'ятьма політичними партіями, що увійшли до складу ВР України VIII скликання: тут вказується на необхідність підвищення вдвічі (з 1000 до 2000 НМДГ) значного розміру коштів фактичного ненадходження до бюджету податків, зборів, єдиного соціального внеску та страхових внесків на пенсійне страхування для визначення наявності ознак складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК. Хочеться запитати у розробників цього політичного документа: а чому б величину вказаної криміноутворюючої ознаки не збільшити, наприклад, у п'ятеро або вдесятеро, щоб уже остаточно «відмовитись від каральної моделі податкового контролю»? Цілком очевидно, висуненню взятої «зі стелі» пропозиції збільшити удвічі відповідний показник жодні серйозні (та, мабуть, і будь-які) економічні і кримінологічні дослідження не передували.

Повернемось, однак, до Закону від 15 листопада 2011 р., прийняття якого, незважаючи на всі його вади, частково висвітлені вище, здавалося б, засвідчило наявність у ВР України чіткого бачення стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини. Причому як зміст цього Закону, так і пояснювальна записка до відповідного законопроекту давали підстави припустити, що основу такої стратегії становить переконання в існуванні своєрідної зворотної пропорційності, суть якої можна звести до такого: чим вищий рівень криміналізації правопорушень у сфері господарської діяльності, тим гірші умови для розвитку окремих суб'єктів господарювання та економіки країни загалом. З урахуванням сказаного можна було спрогнозувати деякі тенденції подальшої правотворчості, включаючи обережність (виваженість) при прийнятті кожного рішення щодо доповнення розділу VII Особливої частини КК новими кримінально-правовими заборонами. Адже, на думку народних депутатів України, саме надмірна криміналізація детермінує необґрунтоване втручання правоохоронних органів у діяльність суб'єктів господарювання і створює істотні перешкоди для реалізації конституційно закріпленого права громадян на зайняття підприємницькою діяльністю.

Та час довів, що якщо законодавець і мав стратегію розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини, то розрахована вона була на ... два роки (точніше – на один рік та одинадцять місяців). Йдеться про те, що вже 10 жовтня 2013 р. ВР України ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» (далі – Закон від 10 жовтня 2013 р.). Його прийняття ознаменувало повернення кримінально-правової політики у сфері охорони господарської діяльності до старого, діаметрально протилежного задекларованому при ухваленні Закону від 15 листопада 2011 р. вектору, квінтесенцією якого є ставлення до кримінального закону як до своєрідної панацеї від усіх економічних «хвороб» суспільства.

Одним із результатів набрання чинності Законом від 10 жовтня 2013 р. стало доповнення розділу VII Особливої частини КК двома новими заборонами – ст. 205-1 «Піддроблення документів, які подаються для

проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців» і ст. 206-2 «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації». Цікаво, що первинною редакцією відповідного законопроекту під назвою «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» КК пропонувалося доповнити ще однією нормою – ст. 206-1 «Захоплення будівлі, споруди чи іншого об'єкта підприємства, установи, організації», однак під час розгляду законопроекту на сесії ВР України ця сумнівна пропозиція не була підтримана. За задумом законодавця, запровадження кримінальної відповідальності за дії, про які йдеться в ст. 205-1 і ст. 206-2 КК, мало стати складовою ефективного механізму недопущення використання схем і методів протиправного поглинання та захоплення підприємств. Що ж сталося насправді?

Розмірковуючи над доцільністю доповнення КК ст. 206-2, Д.О. Калмиков та Є.В. Калмикова слушно відзначають, що всі можливі прояви суспільно небезпечної поведінки, вказані в основному складі розглядуваного злочину, вже охоплюються положеннями відповідних статей, які описують злочини проти власності (переважно ст. 190 КК), і статтями 357 і 358 КК. Заволодіння майном шляхом вчинення правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток чи штампів є одним із найпоширеніших, «традиційних» способів учинення шахрайства, а отже, не характеризується ні значно підвищеною, ні значно зменшеною суспільною небезпекою порівняно з іншими формами шахрайства (що підтверджує і порівняльний аналіз санкцій ст. 190 і ст. 206-2 КК). Не виключається також, що при кваліфікації протиправного заволодіння майном юридичної особи чи її власника (у вигляді часток, акцій чи паїв) шляхом вчинення правочинів із використанням підроблених документів, печаток, штампів юридичної особи за ст. 206-2 КК правозастосовні органи не будуть додатково кваліфікувати вчинене за статтями 357 чи 358 КК, вважаючи «підроблення документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації» (частини 1–3 ст. 358 КК), «використання підроблених документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації» (ч. 4 ст. 358 КК), «викрадення документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації» (ст. 357 КК) конструктивною ознакою складу злочину, описаного в ст. 206-2 КК. Виходить, що жодної потреби у включенні ст. 206-2 у КК не було, а попри візуально оманливе посилення кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації реально ця відповідальність стала більш м'якою (гуманною) в переважній більшості випадків [26].

Декларуючи необхідність «недопущення використання схем і методів протиправного поглинання та захоплення підприємств», законодавець не взяв до уваги і ту обставину, що поява ст. 206-2 КК (навіть за умови усунення її вад, які фактично унеможливають застосування цієї кримінально-правової норми та які гарно описані подружжям Калмикових), не могла сприяти досягненню зазначеної мети. Адже основним елементом у механізмі рейдерських захоплень були не дії, про які йдеться в розглядуваній статті КК, а попереднє узаконення цих дій, яке зазвичай санкціонувалося судом. «... з огляду на те, що будь-яке рейдерське захоплення в Україні відбувається на підставі певного рішення суду, дії агресорів на момент захоплення трактуються як правомірні, оскільки попередньо легалізовані судом. В цьому сенсі поява статті 206-2 КК України не матиме реального впливу на захист від злочинних дій відносно бізнесу... у суспільстві створена ілюзія того, що рейдерство являє собою фізичне захоплення підприємств особами спортивної статури з відомою зовнішністю. Проте, насамперед, рейдерство відбувається в інших місцях: у судах, у прокуратурі, у міліції, де попередньо узгоджуються рішення, за які кримінальна відповідальність не настає. Складається враження, що рейдерство намагаються викоринити не у тому місці, де це потрібно робити, і очевидно, що не у той спосіб» [27].

Висловлені зауваження не меншою мірою стосуються і ст. 205-1 КК. Небезспірним, до речі, виглядає факт розміщення цієї статті в розділі VII Особливої частини КК, оскільки передбачені нею діяння (подібно до поведінки, описаної в чинній редакції ст. 203-2 КК) до господарської діяльності жодного відношення не мають, оскільки вчиняються ще до моменту виникнення господарсько-правових відносин.

Далі. Ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, сконструйовані за допомогою вказівки на дві альтернативні форми діяння: «внесення в документи, які відповідно до закону подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи або фізичної особи – підприємця, завідомо неправдивих відомостей» та «умисне подання документів, які містять завідомо неправдиві відомості, державному реєстратору». Як бачимо, перше діяння – «внесення в документи...» є нічим іншим, як стадією готування до другого – «подання документів...». Тобто фактично кримінальну відповідальність встановлено за готування до злочину, причому (як про це свідчить санкція відповідної статті) злочину невеликої тяжкості. Але ж готування до такого злочину, за загальним правилом, не повинно тягнути кримінальну відповідальність (ч. 2 ст. 14 КК).

Крім того, знову постає питання, яке, скоріш за все, є риторичним: чи існувала потреба в доповненні КК ст. 205-1 за умови: 1) очевидно невисокого рівня суспільної небезпеки передбаченого в ній діяння; 2) «негосподарського» характеру (спрямованості) відповідного правопорушення; 3) наявності ст. 358 КК, яка вже передбачає відповідальність як за підроблення (частини 1, 2, 3), так і за використання завідомого підробленого документа (ч. 4), а також ст. 366 КК «Службове підроблення». Законодавець, однак, цим питанням не переймався, у результаті чого ми отримали чергове збільшення обсягу кримінального закону при фактично незмінних межах криміналізації.

Мислячи ж більш широко (у контексті з'ясування стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини), поставлене запитання можна переформатувати таким чином: якщо в розділі VII Особливої частини КК не знайшлося місця нормам про такі суто господарські правопорушення, як, наприклад, товарна контрабанда, зайняття забороненими видами господарської діяльності, посягання на права кредиторів (фіктивне банкрутство, приховування стійкої фінансової неспроможності, незаконні дії у разі банкрутства), які за певних обставин здатні спричинити істотну шкоду господарським відносинам, то невже до числа кримінально караних мають відноситись делікти, передбачені ст. 205-1 і ст. 206-2 КК?

Таким чином, прийняття Закону від 10 жовтня 2013 р. у частині доповнення КК вказаними статтями слід розцінювати як чергову невдачу і до того ж відверто некваліфіковану спробу ВР України вирішити існуючі економічні проблеми (причому без аналізу справжніх детермінант їх виникнення) кримінально-правовими засобами.

Сказане, як видається, можна екстраполювати і на Закон від 22 вересня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», відповідно до якого суб'єкт шахрайства з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК) із спеціального (громадяни-підприємці, громадяни-засновники (учасники) або службові особи суб'єктів господарської діяльності) перетворився на загальний. У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВР України на відповідний законопроект вказувалось на безпідставність розширення кола осіб, спроможних відповідати за ст. 222 КК, за рахунок фізичних осіб, які не мають відношення до господарської діяльності. Парламентські експерти звертали увагу, зокрема, на те, що з усіх перелічених у диспозиції ч. 1 ст. 222 КК видів допомоги фізичній особі, яка не є суб'єктом господарювання, може надаватися лише субсидія і грошовий чи товарний кредит. При цьому для їх отримання до вказаних у нормі КК адресатів необхідно подати низку документів, які підтверджують право такої особи на субсидію чи кредит, і такі документи підлягають обов'язковій перевірці. Цілком справедливо був зроблений узагальнюючий висновок про те, що саме по собі подання фізичною особою, яка не є суб'єктом господарювання, до відповідних органів державної влади чи фінансових установ завідомо неправдивої інформації не є суспільно небезпечним діянням, а, отже, з огляду на ч. 2 ст. 11 КК, не повинне визнаватися злочином. Кримінальна відповідальність за такі діяння може наставати лише у випадку пред'явлення підроблених документів за відповідною частиною статті 358 КК України. Парламент, у черговий раз продемонструвавши незрозумілу для нас самодостатність, проігнорував слушні міркування своїх експертів.

Черговий сплеск законотворчості в сфері кримінально-правової охорони господарської діяльності відбувся в 2015 р. і був пов'язаний зі спробою відреагувати на кризові явища у вітчизняній банківській системі, спровоковані нестабільною політичною ситуацією в Україні, війною на Донбасі, коливаннями курсу національної валюти. У результаті (і про це вже зазначалося на початку публікації) розділ VII Особливої частини КК доповнюється трьома новими заборонами – статтями 218-1, 220-1 і 220-2. Проаналізувавши вказані кримінально-правові новели, ми знову вимушені констатувати, що і в цьому разі збільшення обсягу кримінального закону майже не вплинуло (за винятком ст. 220-2 КК) на обсяг криміналізації діянь.

Розглядаючи доповнення КК ст. 218-1 на підставі Закону від 2 березня 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» (далі – Закон від 2 березня 2015 р.) саме через призму дослідження стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини [28], хотілось б наголосити лише на такому.

Автори законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 2 березня 2015 р. (а суб'єктом законодавчої ініціативи в цьому разі виступив Президент України), вказували на те, що ним передбачається істотне посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, що, зокрема, проявляється у запровадженні кримінальної відповідальності таких осіб за вчинення будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору. Наведена характеристика законопроекту потребує уточнення, оскільки здатна створити хибне уявлення про те, що до набрання чинності Законом від 2 березня 2015 р. пов'язані з банком особи (спеціальний суб'єкт злочину, караного наразі за ст. 218-1 КК) не могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення дій, передбачених диспозицією ст. 218-1 КК. Насправді ж пов'язані з банком особи і до доповнення КК аналізованою статтею були спроможні нести як виконавці кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності. Адже такі дії могли кваліфікуватися за ст. 219 КК «Доведення до банкрутства», яка наразі виступає загальною нормою щодо ст. 218-1 КК. До такого висновку нас призвів порівняльний аналіз ст. 218-1 і ст. 219 КК, який засвідчив, що, за винятком уточненого кола спеціально-конкретних суб'єктів злочину, інші ознаки складів злочинів, передбачених вказаними статтями, фактично тотожні.

Звичайно, будуть праві ті, хто вкажуть, що в порівнюваних заборонах також по-різному описуються ознаки як проміжних («віднесення банку до категорії неплатоспроможних» (ст. 218-1 КК) та «стійка фінансова неспроможність суб'єкта господарської діяльності» (ст. 219 КК)), так і похідних (різний розмір «великої матеріальної шкоди» як криміноутворюючої ознаки) суспільно небезпечних наслідків. Та враховуючи той факт, що банк

входить до кола суб'єктів господарської діяльності, який, хоч і в особливому порядку, міг бути визнаний таким, що має стійку фінансову неспроможність, а розмір великої матеріальної шкоди як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, у двадцять разів нижчий за аналогічний показник, передбачений ст. 218-1 КК, різне описання в цих кримінально-правових нормах проміжних і похідних суспільно небезпечних наслідків складів відповідних злочинів не може вплинути на зроблений нами висновок про те, що і раніше, до моменту набрання чинності Законом від 2 березня 2015 р., пов'язані з банком особи могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності. Уточнимо: до відповідальності за ст. 219 КК як виконавці могли бути притягнуті не будь-які пов'язані з банком особи, а лише громадяни – засновники (учасники) або службові особи банку. Щодо інших пов'язаних із банком осіб (йдеться про тих, хто фактично керував діяльністю банку, не будучи формально його засновниками чи службовими особами), то не виключалась кримінально-правова оцінка їх неправомірної поведінки як співучасті з розподілом ролей у вчиненні злочину, передбаченого ст. 219 КК, із посиланням при цьому на відповідні частини ст. 27 КК.

Таким чином, доповнення КК ст. 218-1 має сприйматися в основному не як встановлення (запровадження) кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, а як диференціація кримінальної відповідальності за вказане посягання, яка відбулася за рахунок виділення зі ст. 219 КК найбільш суспільно небезпечних, на думку законодавця, дій та встановлення за їх вчинення більш суворої (порівняно з передбаченою ст. 219 КК) кримінальної відповідальності. При цьому, як вже зазначалося, за допомогою вказівки в ст. 218-1 КК на спеціально-конкретних суб'єктів (пов'язаних із банком осіб) законодавець уточнив коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за цією спеціальною кримінально-правовою заборонаю.

Та замість очікуваного «посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб» поява в розділі VII Особливої частини КК аналізованої заборони фактично призвела до протилежного результату: якщо до набрання чинності Законом від 2 березня 2015 р. вчинене, наприклад, службовою особою банку доведення відповідного банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальної шкоди у розмірі від п'ятсот до десяти тисяч НМДГ, мало кваліфікуватися як злочин, передбачений ст. 219 КК, то сьогодні (через значне підвищення мінімального порогу суспільно небезпечних наслідків як умови настання кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності) такі дії не визнаються злочинними. До речі, в багатьох випадках вони не зможуть кваліфікуватися навіть як адміністративне правопорушення. Констатували ми і ту сумну обставину, що в супроводних матеріалах, пов'язаних із прийняттям Закону від 2 березня 2015 р., не вдалося зустріти навіть натяку на проблему криміналізації необережного банкрутства банків і деяких інших суб'єктів господарювання, що не може не свідчити про низький професійний рівень тих, хто нині займається законотворчою діяльністю.

Торкаючись доповнення КК ст. 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності», зазначимо, що дії, передбачені диспозиціями частин 1, 2 та 3 цієї статті, є різновидами службового підроблення (ст. 366 КК). Тому в черговий раз мусимо відзначити, що вести мову про вказане в пояснювальній записці до відповідного законопроекту «*встановлення кримінальної відповідальності керівників або службових осіб банку за внесення неправдивих відомостей про вкладника*» не доводиться. У цьому разі немає підстав говорити і про посилення вже існуючої кримінальної відповідальності певної категорії службових осіб, оскільки діяння, описані навіть у ч. 1 ст. 366 КК, яка не передбачає настання тяжких наслідків (ч. 2 ст. 366 КК), караються штрафом до двохсот п'ятдесяти НМДГ або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Водночас дії, передбачені, наприклад, ч. 3 ст. 220 КК, каратимуться лише штрафом у розмірі від 800 до 1000 НМДГ. Таким чином, слушно резюмували парламентські експерти під час опрацювання відповідного законопроекту, відбудеться (наразі вже відбулося) не посилення, а пом'якшення кримінальної відповідальності в цій сфері. Стосовно «дій, наслідком яких є незаконне збільшення суми витрат Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, пов'язаних з виведенням банку з ринку», то експертами небезпідставно вказувалось на те, що такі дії є злочинами проти власності і на сьогодні кваліфікуються залежно від конкретних обставин за іншими статтями КК (наприклад, ст. 190 «Шахрайство» або ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем»).

Отже, у результаті доповнення КК ст. 220-1 відповідальність було встановлено лише за такі діяння, як «умисне пошкодження або знищення керівником або іншою службовою особою банку бази даних про вкладників або вчинення дій, що унеможливають ідентифікацію вкладника за інформацією, наявною у базі даних про вкладників». При цьому зазначений склад злочину сконструйований як формальний, у зв'язку з чим для притягнення особи до кримінальної відповідальності достатньо вже самого факту вчинення відповідного діяння, а розмір завданої матеріальної шкоди значення не має. На нашу думку, через невисокий ступінь суспільної небезпеки кожного із вказаних криміналізованих діянь, а також з урахуванням розміщення вказаної заборони серед норм про злочини у сфері господарської діяльності правильність такого формулювання виглядає сумнівною.

Однак в аспекті дослідження стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини ще більш цікавим виглядає факт доповнення КК ст. 220-2 із об'ємною, складною та малоз-

розумілою назвою «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи». Незважаючи на таку «гучну» назву, в цій статті мова йде насправді про спосіб «звичайного» приховування ознак стійкої фінансової неспроможності фінансової установи. У диспозиції ст. 220-2 КК паралельно вживаються терміни «банкрутство», «стійка фінансова неспроможність», «відкликання у фінансової установи ліцензії» та «неплатоспроможність». Але для зручності надалі ми будемо вказувати лише на небездоганне, але відоме з часів існування ст. 220 КК формулювання «стійка фінансова неспроможність».

Нагадаємо, що вітчизняному кримінальному законодавству вже була відома відповідальність за, так би мовити, загальне (не «прив'язане» до суб'єкта господарювання конкретного виду) приховування стійкої фінансової неспроможності (ст. 220 КК). Запровадження кримінальної відповідальності за ці дії, як і за інші порушення регламентованих господарським законодавством процедур неплатоспроможності (статті 218–221 первинної редакції КК), було зумовлене принциповою зміною в Україні соціально-економічних відносин, становленням і розвитком механізмів ринкового господарства, функціонування яких з усією гостротою породжує проблему належного виконання майнових зобов'язань як виду господарських та цивільних правовідносин [29]. Підстав для декриміналізації вказаних діянь ми не вбачали, оскільки відповідні статті навіть за умови рідкого їх застосування виконували превентивну функцію щодо запобігання певних порушень господарського законодавства.

Однак із набранням чинності Законом від 15 листопада 2011 р. таке діяння, як приховування стійкої фінансової неспроможності, перестало визнаватись злочинним і було переведено в розряд адміністративних проступків (ст. 164-15 КУпАП). І це при тому, що у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВР України на законопроект, пізніше ухвалений як Закон від 15 листопада 2011 р., справедливо зазначалось, що такі ознаки, як вчинення діяння у значному, великому чи особливо великому розмірі, заподіяння великої матеріальної шкоди і вчинення діяння з використанням службового становища, вказують на підвищену суспільну небезпеку протиправних діянь. Відтворення цих кваліфікуючих ознак у складах адміністративних проступків не бере до уваги ту обставину, що КУпАП не оперує подібними ознаками. І це цілком виправдано, зауважували експерти, адже вчинення діяння за вказаних обставин свідчить про наявність у ньому суспільної небезпеки, а, отже, з огляду на ст. 11 КК, таке діяння має визнаватись злочином.

Законодавець і в цьому разі не визнав за потрібне дослухатись до аргументованих зауважень парламентських експертів. Як наслідок, у кримінальному законодавстві, незважаючи на постійно триваючий процес його «вдосконалення», утворилась чергова прогалина. Коли ж у 2014 р. розпочалася криза у вітчизняній банківській системі, яка призвела до банкрутства (неплатоспроможності) та виведення з ринку багатьох банків, виявилось, що (як і у випадку з вилученням із КК ст. 207) внаслідок здійсненого в 2011 р. «обрізання» в арсеналі держави не залишилось належних кримінально-правових засобів протидії зловживанням і порушенням, що супроводжували вказані процеси. Реакцією (запізнілою) на це і стало рішення доповнити КК ст. 220-2. При цьому сферу потенційного застосування ст. 220-2 КК обмежено випадками приховування стійкої фінансової неспроможності лише фінансових установ [30] і, як і згідно зі ст. 220-1 КК, достатнім для кримінальної відповідальності визнається сам факт вчинення дій, зазначених у диспозиції, без настання жодних суспільно небезпечних наслідків (зокрема, матеріальних). Правильність такого законодавчого підходу виглядає сумнівною.

По-перше, незважаючи на триваючу і нині фінансову кризу, складно зрозуміти, чому приховування ознак стійкої фінансової неспроможності, наприклад, великого державного, стратегічного або містоутворюючого підприємства не визнається злочинним, а ідентичні дії щодо фінансової установи – визнаються. Вочевидь, це можна пояснити тим, що, приховуючи свою стійку фінансову неспроможність, фінансова установа може продовжувати залучати кошти населення та інших суб'єктів, створюючи в такий спосіб умови для настання ще більших матеріальних наслідків. Але ж приховування стійкої фінансової неспроможності державного підприємства здатне завдати не менших матеріальних наслідків (через продовження виділення коштів із бюджету, невжиття необхідних заходів для відновлення платоспроможності підприємства тощо). Вважаємо, що головним критерієм визначення ступеня суспільної небезпеки такого діяння, як приховування стійкої фінансової неспроможності, який і має враховуватись при його віднесенні до числа злочинних (незлочинних), є завдана ним матеріальна шкода, а не належність суб'єкта, фінансова неспроможність якого приховується, до певного сектору економіки.

По-друге, залишається незрозумілим, яким чином диспозиція ст. 220-2 КК, в якій йдеться про *фінансові установи* [31], кореспондується з задекларованою метою (удосконалення процедури виведення *неплатоспроможних банків* з ринку) та прогнозованим результатом відповідного законопроекту (підвищення суми надходжень до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від реалізації активів *неплатоспроможних банків*).

По-третє, конструювання складу злочину, передбаченого ст. 220-2 КК, як формального породжує парадоксальну ситуацію, коли приховування стійкої фінансової неспроможності будь-якого суб'єкта господарювання, крім фінансової установи, або визнається лише адміністративним правопорушенням – за умови запо-

діяння великої матеріальної шкоди кредиту (ст. 164-15 КУпАП), або взагалі не тягне навіть адміністративної відповідальності – за відсутності великої матеріальної шкоди в той час, як приховування стійкої фінансової неспроможності будь-якої фінансової установи (наприклад, ломбарду) навіть за умови, що ці дії не завдали жодної матеріальної шкоди, належить до числа кримінально каранних діянь.

По-четверте, постає питання, чому за умов банківської кризи законодавець обмежився «відновленням» кримінальної відповідальності лише за приховування стійкої фінансової неспроможності. Адже очевидно, що принаймні не меншу суспільну небезпеку несе в собі таке діяння, як незаконні дії у разі банкрутства. Так, добре відомо (і про це нерідко заявляють вищі посадові особи НБУ), що останнім часом при ліквідації банків багатомільйонні збитки завдаються надзвичайно поширеною практикою умисного приховування майна, передачі майна в інше володіння, його відчуження, фальсифікації та приховування документів, які відображають фінансову діяльність, тощо – інакше кажучи, діями, кримінальна караність яких передбачалась виключеною на підставі Закону від 15 листопада 2011 р. ст. 221 КК «Незаконні дії у разі банкрутства», диспозиція якої була механічно відтворена у ст. 166-15 КУпАП [32].

Проведене дослідження дозволяє стверджувати, що за час дії чинного КК у стінах ВР України і на інших владних пагорбах так і не була сформована стратегія розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини. Як наслідок, для законотворчості в сфері кримінально-правової охорони господарської діяльності характерним стало внесення численних, непродуманих і нерідко позбавлених практичного сенсу змін, які суперечать уже існуючим приписам КК. Вадами КК у частині відповідальності за господарські злочини є також його надмірна репресивність і неузгодженість положень КК із приписами регулятивного законодавства. Крім того, звичним є стан справ, коли рушійними силами криміналізації та декриміналізації щодо господарських правопорушень виступають мотиви політичної доцільності, у т. ч. бажання постійно змінюваного депутатського корпусу вирішувати за допомогою кримінального закону існуючі в державі економічні проблеми. Не можна не погодитись з тим, що «законодавцю не вдалося розробити досконалу законодавчу базу для захисту економіки від злочинних посягань» [33].

Вочевидь, це буде слабкою втіхою для нас, але ситуація в РФ зі станом кримінально-правового забезпечення протидії економічним злочинам є не менш плачевною, ніж у сьогоднішній Україні. Як переконливо доводить Н.О. Лопашенко, у російського законодавця також немає системного уявлення про належний зміст КК у цій частині. Із цього приводу згадана дослідниця вельми емоційно зазначає, що в перші роки чинності КК РФ 1996 р. вона намагалась пояснити відповідні законодавчі зміни певними об'єктивними або майже об'єктивними причинами. Однак коли вал законодавчих змін став нагадувати лише кроки недосвідченого ляльководи, який шляхом незграбних посмикувань прагне створити імітацію спектаклю, коли в змінах до КК почала чітко простежуватись головна ідея чи не кожної реформи – «кримінальний закон як ліки від усіх хвороб», у неї не залишилось ані сил, ані бажання шукати чорну кішку в темній кімнаті, бо її там немає, і вже давно [34].

Законотворчість, як справедливо зазначається в літературі з теорії права, лише в тому випадку досягає успіху, якщо вона ґрунтується на науковому знанні, правовій культурі і законодавчій техніці [35]. Як не прикро, але всі ці три складові в ситуації з «новелізацією» розділу VII Особливої частини КК України відсутні, що ми і спробували продемонструвати вище. У результаті, будучи спочатку (після набрання чинності КК) загалом чіткою та взаємоузгодженою системою норм, вказаний розділ поступово перетворився на безсистемний, еkleктичний набір заборон, нездатних виконувати своє основне призначення – ефективну кримінально-правову охорону господарської діяльності. Якщо і раніше, стосовно класифікацій господарських злочинів, пропонувався в юридичній літературі, варто було робити застереження і відзначати умовний характер цих класифікацій, то наразі жодна така класифікація, на наш погляд, навряд чи може розраховувати на гідне наукове обґрунтування. До того ж різних класифікацій (крім природних), систематизацій, типологій тощо, «причому виконаних з коректним дотриманням логічних правил поділу, існує безконечна кількість, а це в науці суперечить вимозі визначеності» [36].

При формуванні стратегії розвитку законодавства України про кримінальну відповідальність за господарські злочини повинні враховуватись здобутки кримінально-правової доктрини. Саме наукові дослідження мають слугувати орієнтиром у визначенні напрямів кримінально-правової політики у сфері боротьби зі злочинністю загалом і кримінально-правової охорони господарської діяльності зокрема. Принципово важливим є і те, щоб взаємодія парламентаріїв і науковців не вичерпувалась спільною участю у створенні стратегії, про яку йде мова. На сторінках юридичної літератури неодноразово і цілком справедливо відзначається, що серед причин недосконалості чинного кримінального законодавства вагоме місце займає ігнорування рекомендацій кримінально-правової доктрини. І це при тому, що на сьогодні потенціал науки кримінального права спроможний забезпечити відповідний супровід кримінально-правової політики України на всіх її рівнях – доктринальному, програмному, законодавчому та правозастосовному [37]. Тому в стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські злочини, яка має стати частиною загальної стратегії розвитку вітчизняної кримінально-правової політики, має бути чітко прописаний, зокрема, механізм впливу науки кримінального права на законодавчу діяльність.

На цій же обставині акцентується увага в рекомендаціях V Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності» (м. Харків, 8–9 жовтня 2015 р.), де сказано, що лише врахування останніх здобутків науки кримінального права, активна співпраця науковців, законодавця та правозастосувачів, якісне удосконалення і застосування кримінального законодавства в боротьбі зі злочинністю дозволять забезпечити високий рівень безпеки та правопорядку в Україні.

Якісний кримінальний закон (і чи не в першу чергу це стосується багатостраждального розділу VII Особливої частини КК) може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів. Жодні економічні, соціологічні і кримінологічні дослідження і прогнози не замінять кропіткої праці юриста-догматика при тому, що без урахування здобутків тієї ж економічної доктрини оновлення кримінального законодавства у частині регламентації відповідальності за господарські злочини успішним не буде. З погляду забезпечення належної якості кримінальних законів конструктивно видається ідея С.В. Хилюк (хоча ми усвідомлюємо поки що не реалістичність цієї думки) доручати підготовку відповідних законопроектів не народним депутатам, багато з яких не мають відповідної освіти, а науковим установам та вищим навчальним закладам [38].

У зв'язку з активним обговоренням в юридичній спільноті України ідеї кримінальних проступків зауважимо, що необхідно прагнути до уникнення довільності у віднесенні тих чи інших господарських деліктів до кримінально-правової або адміністративно-правової площини. Також подальше реформування кримінального та адміністративно-деліктного законодавства має бути максимально узгоджене, а опікуватись процесом паралельного (наскрізного) перегляду змістовно пов'язаних між собою розділів КК і глав КУпАП повинні експертні групи, до складу яких мають входити представники обох галузей права.

1. Талан М. В. Система преступлений в сфере экономической деятельности / М. В. Талан // Налоговые и иные экономические преступления. Сб. науч. статей. Вып. 3 / под ред. Л. Л. Кругликова. – Ярославль : Яросл. гос. ун-т, 2001. – С. 33.
2. Стрельцов Є. Л. Державно-правове регулювання економіки : завдання кримінального права / Є. Л. Стрельцов // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2015. – С. 59.
3. Сташис В. Основні новели нового Кримінального кодексу України / В. Сташис // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4. – С. 621.
4. Навроцький В. О. Середньострокові тенденції розвитку кримінального права України / В. О. Навроцький // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 281–282.
5. Там само. – С. 282.
6. Кримінальне право України (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. – Луганськ : вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 474–477.
7. Гацелюк В. О. Ризики бланкетного способу визначення ознак об'єктивної сторони складу злочину (в контексті криміналізації маніпулювання на фондовому ринку) / В. О. Гацелюк // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 103–107.
8. Так, за 12 місяців 2014 р. в Єдиному реєстрі досудових розслідувань за статтями 222-1, 223-2 і 232-2 КК було обліковано всього по одному злочину. За вказаний період за статтями 223-1, 223-2, 232-1 КК не було зареєстровано жодного злочину. Більше того: за цими статтями не було зареєстровано жодного злочину і в період 2009–2013 рр. (див.: Моніторинговий кримінологічний аналіз окремих видів злочинів в Україні (2013–2014 роки) : наук.-практ. посіб. / О. М. Литвак, Р. О. Стефанчук, Н. В. Лісова та ін. – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – С. 124–126).
9. До таких трагедій можна віднести, наприклад, пожежу на стадіоні в англійському м. Бредфорд в 1985 р., унаслідок якої загинуло 56 людей, пожежу в нічному клубі «Kiss», розташованому в бразильському м. Санта-Марія, що забрала життя 235 людей, і пожежу в одному з нічних клубів м. Бухареста в кінці жовтня 2015 р., жертвами якої стало 45 осіб.
10. За прогнозами фахівців, надходження до бюджету лише від тютюнових акцизів у 2015 р. становитимуть приблизно 24 млрд. грн.
11. У 1920 р. в США у формі 18-тої поправки до Конституції Сполучених Штатів набрав чинності так званий сухий закон, прийнятий Конгресом ще 1917 р. Відповідно до цього Закону заборонялись виробництво,

- продаж і перевезення, а також ввезення та вивезення спиртних напоїв. Фактично мала місце спроба закріпити кримінально-правовими засобами моральні уявлення певних, так би мовити, пуритансько налаштованих прошарків американського суспільства, які саме алкоголь вважали причиною всіх бід. На практиці реалізація «сухого закону» отримала неабияку протидію з боку середнього класу, оскільки його представники значною мірою були залучені до обороту алкогольних напоїв. У результаті згаданий закон мав результат, протилежний очікуваному: він призвів до зростання рівня злочинності, формування організованої злочинності. Легальному алкогольному бізнесу було завдано значних збитків.
12. У кримінології «фоновими» до злочинності визнаються ті суспільні явища, які обумовлюють її детермінацію, які межують з нею та з яких вона значною мірою відтворюється (див.: Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : У 3 кн. / А. П. Закалюк. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – С. 22; Кримінологія : Загальна та Особлива частини : підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, М. Ю. Валуйська та ін. ; за заг. ред. В. В. Голіни. – 2-ге вид. перероб. і доп. – Х. : Право, 2009. – С. 194).
 13. Бурковський І. Гральний бізнес в Україні: потрібна ефективна система регулювання / І. Бурковський, Д. Науменко // Дзеркало тижня. – 27 вересня – 3 жовтня 2008 р. – № 36.
 14. Гетманцев Д. Кому – рахунок за кордоном, кому – валюта за паспортом. Про гуманізацію відповідальності за злочини у фінансовій сфері / Д. Гетманцев // Дзеркало тижня. – 8 жовтня 2011 р. – № 36.
 15. Міністр економіки виступає за легалізацію в Україні грального бізнесу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zaxid.net/news/showNews.do?ministr_ekonomiki_vistupaye_za_legalizatsiyu_v_ukrayini_gralnogo_biznesu; Саакашвілі за легалізацію грального бізнесу в Одесі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/news/2015/07/16/7074697/>; Ярьсько збільшила прогнози надходжень до бюджету від легалізації грального бізнесу до 5 млрд. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : yaresko-zbilshila-prognozi-nadhodzen-do-byudzhetu-vid-legalizatsiyi-gralnogo-biznesu-do-5-mlrd.
 16. Єгорова В. О. «Гуманізація» кримінальної відповідальності в світлі останніх змін до КК України / В. О. Єгорова // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права : Матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 179.
 17. Оскільки ця діяльність наразі в Україні заборонена і визнається злочинною, про її оподаткування вести мову недоречно. Тому нам складно погодитися з висловленою в юридичній літературі думкою про те, що підвищена суспільна небезпека грального бізнесу як негативного соціального явища «полягає в тому, що в цій сфері накопичується значна кількість грошових коштів, з яких організаторами грального бізнесу не сплачуються податки, збори, обов'язкові платежі, що позбавляє бюджет країни суттєвих грошових надходжень» (див.: Рябчук С. В. Азартні ігри як соціально-психологічне явище : поняття, генеза, правове регулювання / С. В. Рябчук // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол. : В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2015. – Вип. 29. – С. 217).
 18. Гуторова Н. О. Щодо гуманізації відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності / Н. О. Гуторова // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права : матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 142.
 19. Казанцева К. В. Кримінальна відповідальність за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Казанцева Катерина Валентинівна. – К., 2011. – С. 59.
 20. Медичкий І. Б. Нові витки розвитку вітчизняної кримінально-правової політики / І. Б. Медичкий // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 305.
 21. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений / И. А. Клепицкий. – М. : Статут, 2005. – С. 416.
 22. Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні : стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. – Х. : Право, 2013. – С. 368.
 23. По корупції вдарять комплексно // Голос України. – 3 березня 2005 р. – № 41.
 24. Остапенко В. Реформирование таможенного законодательства и уголовная ответственность за контрабанду / В. Остапенко // Уголовное право. – 2010. – № 3. – С. 117; Прокопенко О. С. До питання про криміналізацію контрабанди товарів / О. С. Прокопенко // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2015. – С. 383.

25. Омельчук О. М. Контрабанда за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Омельчук Олег Миколайович. – Львів, 2002. – С. 28, 34.
26. Калмикова Є. Лікарський засіб від хвороби суспільства чи плацебо? Встановлення кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації / Є. Калмикова, Д. Калмиков // Юридичний вісник України. – 5–11 квітня 2014 р. – № 14.
27. «Антирейдерський» закон спрямований на боротьбу з наслідками, а не на викорінення рейдерства – юрист [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unn.com.ua/uk/news/1291587-antireyderskiy-zakon-spryamovaniy-na-borotbu-z-naslidkami-a-ne-na-vikorinennya-reyderstva-yurist>.
28. Докладніше про дискусійні аспекти, пов'язані з появою в КК ст. 218-1, можна прочитати у такому джерелі: Дудоров О. О. Кримінально-правова заборона щодо доведення банку до неплатоспроможності : сумнівна законодавча новела / О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 1. – С. 71–115.
29. Зеленов Г. М. Злочини, які порушують установлений порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Г. М. Зеленов ; Академія адвокатури України. – К., 2009. – С. 1.
30. Такий висновок впливає з аналізу диспозиції ст. 220-2 КК, хоч у назві цієї статті КК невідомо з яких мотивів паралельно використовується термін «фінансова організація».
31. Крім банків, до фінансових установ належать кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, – інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг (ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»).
32. На підставі Закону від 10 жовтня 2013 р. ця стаття КУпАП зазнала змін. Зокрема, позитивно слід розцінювати заміну звороту «у разі банкрутства» на формулювання «в період провадження у справі про банкрутство», адже це дозволяє притягувати до адміністративної відповідальності за певні дії, незаконно вчинені не лише після оголошення банкрутства, а і під час процедури санації та розпорядження майном боржника.
33. Кісілюк Е. М. Загальні засади кваліфікації кримінальних правопорушень у сфері господарської діяльності / Е. М. Кісілюк, О. В. Процюк // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 2. – С. 173.
34. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономической деятельности : теоретический и прикладной анализ : монография. В 2 ч. Ч. I. – М. : Юрлитинформ, 2015. – С. 18.
35. Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / под. ред. М. Н. Марченко. – Т. 2. Теория права. – М. : Зерцало-М, 1998. – С. 174.
36. Партико З. В. Наука, псевдонаука, паранаука й інженерні вчення / З. В. Партико // Бюлетень Вищої атестаційної комісії України. – 2010. – № 9. – С. 42.
37. Рябчинська О. П. Суб'єкти наукового супроводу правотворчої та правозастосовної діяльності в Україні / О. П. Рябчинська // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнар. наук-практ. конф., 8–9 жовтня 2015 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2015. – С. 92.
38. Хилюк С. В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання особливої частини) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Хилюк Світлана Володимирівна. – Львів, 2007. – С. 190.

ПРО ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ, ПРИСВЯЧЕНОЇ ФІКТИВНОМУ ПІДПРИЄМНИЦТВУ¹

Вважається, що суспільна небезпека такого злочину, як фіктивне підприємництво (ст. 205 Кримінального кодексу України, далі – КК), полягає в заподіянні майнової шкоди юридичним і фізичним особам, державі, розширенні масштабів недобросовісної конкуренції, сприянні незаконній конвертації безготівкових коштів у готівку та легалізації коштів, одержаних злочинним шляхом, створенні передумов для ухилення від сплати податкових і соціальних внесків, для досягнення інших протиправних цілей. «...фіктивне підприємництво як ключова складова тіньової економіки спотворює економічний уклад суспільства ... Зокрема, зменшуються надходження до бюджетів усіх рівнів, занадто ризикованим залишається іноземне інвестування у вітчизняну економіку» [1, с. 1]. Так, в Україні продовжують бути поширеними схеми безпідставного отримання з бюджету відшкодування ПДВ з використанням фіктивних підприємств, які «спрацьовують» як під час здійснення внутрішніх операцій з продажу товарів, робіт, послуг, так і у випадку проведення суб'єктом господарювання зовнішньоекономічної діяльності. Не дивлячись на те, що розглядуваний злочин, як правило, позбавлений самостійного характеру, а окремі дослідники відмовляють кримінально-правовій забороні, присвяченій фіктивному підприємництву, у праві на самостійне існування, час для виключення її з КК поки що не настав. Виходжу при цьому із превентивної ролі кримінального закону, який має забезпечувати стабільність господарського обороту і попереджати появу в економічній сфері суб'єктів, з якими держава, законослухняні юридичні особи і громадяни побоюються вступати у правовідносини. Як слушно зазначається в літературі, створення та існування псевдо-комерційних організацій саме по собі коливає засади бізнесу, а тому має каратись як самостійний злочин; діяння ж, які вчиняються «під дахом» таких організацій, повинні отримувати самостійну кримінально-правову оцінку залежно від ураженого об'єкта [2, с. 383].

З метою вдосконалення відповідного законодавства законопроектом «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей кримінального провадження в податкових відносинах та питань адміністрування податків і зборів» (реєстр. № 3448 від 10 листопада 2015 р., внесений народними депутатами України А.В. Журжієм, Н.П. Южаніною та ін.; далі – законопроект) запропоновано ст. 205 КК «Фіктивне підприємництво» викласти в новій редакції, а також доповнити КК ст. 205-2 «Фіктивна господарська діяльність». Спираючись на здобутки кримінально-правової доктрини (праці П.П. Андрушка, П.С. Берзіна, Н.О. Гуторової, В.В. Бондарчука, М.І. Хавронюка та ін.), розглянемо, наскільки вдалими і продуманими є новели, ініційовані розробниками законопроекту.

Передусім відзначу, що заслуговують на підтримку: 1) пропонуване використання в тексті ст. 205 КК словосполучення «суб'єкт господарювання» (замість звороту «суб'єкт підприємницької діяльності»); 2) поширення сфери застосування ст. 205 КК на дії з відповідною метою, вчинювані не лише щодо тих суб'єктів господарювання, які здійснюють некомерційне господарювання, а і тих суб'єктів господарювання, які не мають статусу юридичної особи; 3) відмова від альтернативної вказівки в ст. 205 КК на здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона (такі види діяльності охоплюються іншим поняттям – «незаконна діяльність»); 4) невизнання заподіяння великої матеріальної шкоди певним особам кваліфікуючою ознакою фіктивного підприємництва.

Фактично суспільно небезпечні наслідки у вигляді матеріальної шкоди державі, банку, кредитній установі, іншим юридичним особам або громадянам спричиняються не стільки створенням або придбанням суб'єкта підприємництва, скільки незаконними діями, заради приховування (утаювання) або здійснення яких і була створена (придбана) юридична особа. Звичайно, не виключаються випадки, коли саме створення або придбання суб'єкта підприємництва здатне заподіяти матеріальну шкоду, проте такі випадки не можуть вважатись типовими з погляду кримінально-правової протидії фіктивному підприємництву.

Водночас ознайомлення із положеннями законопроекту щодо ст. 205 і ст. 205-2 КК дозволяє висловити такі зауваження.

По-перше, назву ст. 205 КК (як у чинній її редакції, так і в редакції законопроекту) не можна визнати вдалою. Зазначене стосується і використання в диспозиції ч. 1 цієї статті звороту «фіктивне підприємництво, тобто...». Річ у тім, що ключовою характеристикою фіктивного підприємництва є наразі підпорядкованість офіційно відображеної в установчих документах і, можливо, фактично здійснюваної підприємницької діяльності певним незаконним цілям. Особи, які вчиняють розглядуваний злочин, можуть: 1) повністю відмовлятися від здійснення тієї офіційної діяльності, що фіксується в установчих документах юридичної особи (наприклад, замість надання масажних послуг особи фактично утримують місце розпусти); 2) вести її в мінімальному обсязі, що дозволяє вважати комерційну структуру такою, що насправді функціонує, тобто імітувати підприємницьку діяльність; 3) вести більш-менш повноцінну підприємницьку діяльність для того, щоб приховувати паралельно здійснювану незаконну діяльність (наприклад, контрабанда наркотиків здійснюється під при-

1 Стаття опублікована: Публічне право. – 2016. – № 4. – С. 131–139.

криттям створеного з цією метою підприємства, яке офіційно займається зовнішньою торгівлею). Як слушно зауважує П.П. Андрушко, метою створення або придбання суб'єкта підприємництва може бути здійснення ним також і законної діяльності, яка в майбутньому може фактично здійснюватись, але наявність такої мети на кваліфікацію дій винного за ст. 205 КК не впливає [3, с. 397]. Натомість не ґрунтується на чинній редакції ст. 205 КК твердження про те, що фіктивне підприємництво передбачає відсутність наміру використовувати створений (придбаний) суб'єкт підприємництва за його економіко-господарським призначенням [4, с. 414].

Оскільки особи, які з метою прикриття незаконної діяльності створюють та (або) придбавають суб'єкт господарювання, можуть з використанням останнього здійснювати реальну фінансово-господарську діяльність (зокрема, приховану від оподаткування), а термін «фікція» (від лат. *fictio* – вигадка) тлумачиться як щось неіснуюче, вигадане, те, що видається з певною метою за дійсне, назву ст. 205 КК слід уточнити. Якщо цього не зробити, то і надалі спостерігатиметься неузгодженість між назвою ст. 205 КК і суттю описаного в ній злочинного діяння. Необхідність уточнення назви «Фіктивне підприємництво» зумовлена і тим, що в законопроекті слушно пропонується запровадити (у межах ст. 205 КК) відповідальність за створення і придбання також некомерційних (непідприємницьких) юридичних осіб.

На мій погляд, поліпшена ст. 205 КК могла б носити таку назву – «Псевдо-господарська діяльність» (варіант – «Псевдо-господарювання»). Термін «псевдо-» у складних словах означає «несправжній», «неправильний» і, як видається, більш точно відображатиме суть злочину, передбаченого вдосконаленою редакцією ст. 205 КК. У ній йдеться (йтиметься і далі – у разі ухвалення законопроекту) про вчинення у сфері господарювання легальних (правомірних) із зовнішнього боку дій, які, однак, із самого початку підпорядковані незаконній меті.

По-друге, чинна редакція ст. 205 КК не охоплює фіктивне підприємництво, яке може прикриватись організаційно-правовою формою приватного підприємництва, коли суб'єктом підприємницької діяльності виступає фізична особа, яка діє без створення юридичної особи. Такий стан речей, з огляду на значні повноваження фізичних осіб – підприємців, які є повноцінними платниками податків і суб'єктами господарювання, а тому можуть використовуватись у злочинних цілях, – серйозна вада чинного кримінального закону. Цю проблему розробники законопроекту, вочевидь, усвідомлюють, оскільки пропонують відмовитись від використання в ч. 1 ст. 205 КК слів «юридичних осіб».

У зауваженнях Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект зазначається, що заміна в ч. 1 ст. 205 КК формулювання «суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб)» словами «суб'єкта господарювання» дозволить охопити, зокрема, фізичних осіб – підприємців. Видається, однак, що це не так. Із положень регулятивного законодавства (зокрема, Закону України від 26 листопада 2015 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань») випливає, що юридичні особи створюються в той час, як фізичні особи набувають статусу підприємця. Таким чином, використаний у законопроекті зворот «створення ... суб'єкта господарювання» не дозволить охопити випадки набуття фізичною особою статусу підприємця з відповідною метою. Слід брати до уваги і те, що позначення альтернативної форми об'єктивної сторони фіктивного підприємництва як реєстрації фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності також не буде вдалим, адже відповідну реєстрацію здійснює не сама фізична особа, яка має намір стати підприємцем, а уповноважений державний орган.

По-третьє, автори законопроекту не вважають за необхідне відмовитись від звороту «придбання суб'єкта підприємницької діяльності», використаного в чинній редакції ст. 205 КК. Проте він є некоректним з погляду господарського права. Дослідники вказують на те, що фактично в цьому випадку йдеться про набуття особою статусу, який дозволяє диктувати волю суб'єкту підприємництва, про таке придбання майна, яке призводить до встановлення контролю над цим суб'єктом [5, с. 68]. Наведене висловлювання є співзвучним усталеному в кримінальному праві розумінню поняття «придбання суб'єкта підприємницької діяльності», яким зазвичай визнається набуття права власності на майно юридичної особи як у цілому, так і в тій частині, яка дозволяє фактично керувати діяльністю підприємства, впливати на прийняття рішень його керівних органів. Отже, в удосконаленій ст. 205 КК доречніше зазначити не про придбання суб'єкта господарювання, а про встановлення контролю над ним.

По-четверте, термін «незаконна діяльність», використаний як у чинній редакції ст. 205 КК, так і в законопроекті, охоплює діяльність, яка поєднується з порушенням норм не лише кримінального, а і фінансового, цивільного, трудового та іншого законодавства. Створення або придбання суб'єкта підприємництва (у законопроекті – суб'єкта господарювання) з метою прикриття незаконної діяльності є нічим іншим, як умисним створенням умов для її проведення, тобто за своїм загальним кримінально-правовим змістом дії, описані в ст. 205 КК, є готуванням до правопорушення. Постає питання, у чому полягає соціальна обумовленість збереження кримінальної відповідальності за готування до діянь, які злочином не визнаються? Показовим у зв'язку з цим є те, що в літературі висуваються пропозиції: формулювання «прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона» замінити зворотом «вчинення злочину» [6, с. 216];

створення та придбання юридичної особи – суб'єкта підприємництва з метою прикриття правопорушень, які не є злочинами, розцінювати як малозначне діяння [7, с. 91]. Якщо йдеться про фіктивне підприємництво, яке на сьогодні нерідко є посяганням на систему оподаткування, то перевага вказівки в ст. 205 КК не мету вчинення злочину вбачається в тому, що в такий спосіб вдається на законодавчому рівні усунути сумніви, пов'язані із віднесенням до незаконної діяльності з точки зору кваліфікації за ст. 205 КК тієї загалом правомірної фінансово-господарської діяльності, яка, однак, супроводжується порушенням вимог податкового законодавства.

Тут доречно нагадати, що до набрання чинності Цивільним кодексом України 2003 р. (далі – ЦК), який відмовився від спеціальної і закріпив універсальну правоздатність юридичної особи, були підстави стверджувати, що вжите в диспозиції ч. 1 ст. 205 КК поняття незаконної діяльності охоплює і види діяльності, не передбачені установчими документами конкретної юридичної особи. Тому дії осіб, які створювали (придбали) юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, маючи на меті з самого початку провадити так звану нестатутну діяльність, формально утворювали склад злочину «фіктивне підприємництво». Виходить, що ст. 205 КК поширювала свою дію на ту сферу, яка традиційно регулюється цивільним законодавством і жодним чином не стосується кримінально караних діянь, що, так би мовити, в історичному аспекті доводить недоречність використання формулювання «незаконна діяльність» у вдосконаленій ст. 205 КК.

Зі сказаного випливає думка про доцільність уточнення змісту суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 205 КК, шляхом заміни кримінологічно необґрунтованого звороту «прикриття незаконної діяльності» словосполученням «для вчинення іншого злочину або його приховування». Разом з тим ситуація позбавлена однозначності. Зокрема, незаконна діяльність, прикрити або здійснювати яку прагнуть особи, винуваті у фіктивному підприємстві, нерідко полягає в конвертації безготівкових коштів у готівку. І спрямованість законопроекту, судячи з пояснювальної записки до нього, полягає, серед іншого, в прагненні поліпшити законодавчу базу для боротьби з конвертаційними центрами. До речі, В.В. Лисенко характеризує поділ відповідних юридичних осіб на фіктивні фірми і конвертаційні центри як умовний і необґрунтований, оскільки використання і перших, і других має на меті одне – перенесення податкових зобов'язань на фіктивні підприємницькі структури і переведення безготівкових коштів у готівку [8, с. 26].

Постає питання, чи завжди конвертаційні операції є злочинними з погляду чинного КК. Вважаю, що ні. До законодавчих змін 2011 р. фактичне здійснення без державної реєстрації або ліцензії банківських операцій (наприклад, конвертаційних) залежно від того, хто вчиняє такі дії, і за наявності ознак відповідних складів злочинів могло кваліфікуватись за ч. 2 ст. 202 КК як порушення порядку зайняття банківською діяльністю або за ст. 203 КК як зайняття забороненими видами господарської діяльності. Зараз це, за загальним правилом, адміністративні проступки. Водночас незаконне переведення безготівкових коштів у готівку (конвертація) або незаконне переведення готівкових коштів у безготівкові (реконвертація) за наявності підстав може кваліфікуватись, наприклад, за ст. 209 або ст. 212 КК (у тому числі з посиланням на ч. 5 ст. 27 КК). З іншого боку, у випадку ухвалення законопроекту конвертаційні операції зможуть (треба так розуміти) кваліфікуватись за ст. 205-2 КК як фіктивна господарська діяльність, тобто визнаватимуться злочином.

По-н'яте, використаний у проекті ст. 205-2 КК зворот «фіктивна господарська діяльність, тобто документальне оформлення господарських операцій, які фактично не здійснювалися суб'єктом господарювання...» є невдалим. Адже фіктивна діяльність (тобто певні господарські операції) та її документальне оформлення з точки зору логіки не можуть вважатись поняттями-синонімами. У зауваженнях на законопроект, підготовлених Комітетом Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, Київським національним університетом імені Тараса Шевченка і ТОВ «Текслінк», при оцінці проекту ст. 205-2 КК увага акцентується на непотрібності такої кримінально-правової заборони з урахуванням того, що передбачене нею діяння (документальне оформлення певних господарських операцій) залежно від суб'єкта може кваліфікуватись за ст. 358 або ст. 366 чинного КК; як наслідок, включення в КК ст. 205-2 в редакції законопроекту викличе непотрібну на практиці конкуренцію кримінально-правових норм.

Погоджуючись з цим зауваженням, суть якого полягає в констатації надмірності пропонованої законодавчої новели, хотів би водночас наголосити на тому, що при її оцінці потребує з'ясування інше, більш складне питання: чи потрібна в сучасних умовах криміналізація фіктивної господарської діяльності як такої (а не її документального оформлення, що, дійсно, може утворювати склад того чи іншого підроблення документів)?

На сьогодні вчинення правочинів із наміром фактично їх не виконувати (не передавати товари, виконувати роботи, надавати послуги), що може мати місце в діяльності справжніх, а не фіктивних суб'єктів господарювання ознак складу злочину, передбаченого ст. 205 КК, не містить і може кваліфікуватись, зокрема, за ст. 190, 192, 209, 212 КК. Нагадаю, що під час ухвалення КК 2001 р. законодавець не сприйняв ідею виокремлення як самостійної форми фіктивного підприємництва, альтернативної створенню і придбанню підприємницьких юридичних осіб, укладання службовими особами або власниками діючих суб'єктів підприємництва господарських чи фінансових угод без наміру їх виконання (ст. 210 проекту КК України, прийнятого в другому читанні). При цьому багатьма фахівцями висловлювалась і продовжує висловлюватись думка про необхідність

криміналізації так званого псевдо-підприємництва, тобто укладання і використання фіктивних угод як засобу уявлення псевдо-розрахункових операцій, а також прийняття суб'єктом підприємництва інших зобов'язань без наміру їх виконувати [1, с. 4; 9, с. 151–155]. Складається враження, що прибічниками подібного варіанту вдосконалення КК виступають і розробники законопроекту, адже в ст. 205-2, пропонованій для включення до КК, говориться про фактично нездійснені господарські операції. Інша річ, що в тексті законопроекту згадана ідея знайшла не зовсім чітке відображення.

Позначена проблема набуває особливої гостроти, коли йдеться про таке явище, як конвертація. Причини, які спонукають службових осіб підприємств «реального сектору економіки» займатись конвертацією безготівкових коштів у готівку, загальновідомі (високий рівень оподаткування фонду зарплати, який зумовлює економічну доцільність позакасових форм оплати праці; прагнення ухилитись від сплати ПДВ і податку на прибуток підприємств; необхідність сплачувати готівкою за послуги кримінального або номенклатурного «даху»; бажання мати готівкові кошти для здійснення повсякденної фінансово-господарської діяльності тощо). Економічна ситуація в сучасній Україні, на жаль, дає підстави вести мову про доречність криміналізації так званого псевдо-підприємництва. Зрозуміло і те, що цей крок жодним чином не вплине на мотивацію зазначених дій, не спроможний ні усунути, ні навіть мінімізувати ті чинники, які породжують вчинення фіктивних правочинів у бізнесовій сфері. Досить поширеною серед фахівців є думка про те, що ринок конвертаційних послуг є однією з форм функціонування ринкової економіки за умов недосконалої системи оподаткування та корупції, яка її прикриває.

Закріплення в ст. 205 КК вказівки (як на альтернативну форму об'єктивної сторони псевдо-господарювання) на вчинення фіктивного правочину без звернення при цьому до будь-якої криміноутворюючої ознаки означало б необґрунтоване втручання кримінального закону в сферу цивільно-правового регулювання, адже кримінальна відповідальність була б запроваджена за вчинення будь-якого фіктивного правочину власником або службовою особою легально діючого суб'єкта господарювання. Тому мені складно погодитися з пропозицією В.В. Бондарчука викласти диспозицію ч. 1 ст. 205 КК у такій редакції: «Фіктивне підприємництво, тобто вчинення в процесі здійснення підприємницької діяльності чи діяльності, яка містить ознаки підприємницької, правочину без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином...» [1, с. 16]. Фіктивний правочин, який укладається без наміру створити юридичні наслідки, про людське око і який може бути визнаний недійсним за рішенням суду, створює лише подобу правових зв'язків для прикриття діяльності, спрямованої на досягнення конкретної протиправної мети.

На мою думку, вдосконалена ст. 205 КК може і повинна містити окрему заборону на вчинення фіктивного або удаваного правочину, але лише за наявності в КК застереження про те, що це робиться відповідним суб'єктом, зокрема, для вчинення або приховування злочину. Наприклад, введення держави в особі її контролюючих органів в оману як серцевина злочинного ухилення від сплати податкових внесків може полягати в перенесенні до податкової звітності неправдивих відомостей, які впливають із фіктивного або удаваного правочину. Показово, що Д.Г. Макаров, який послідовно виступає за виокремлення в кримінальному законі норми, присвяченої псевдоопераціям, суспільну небезпеку вбачає в проведенні тих фіктивних або реальних фінансово-господарських операцій, які самостійно кваліфікуються як злочини [10, с. 116], а Е.П. Соловійов, пропонуючи охопити диспозицією ч. 1 ст. 205 КК України «Фіктивні дії в підприємництві», зокрема, укладення угод без наміру реально їх виконувати, наголошує на меті таких дій – це вчинення злочину або його приховування [11, с. 15].

Стосовно позначення в тексті ст. 205 КК певних правочинів, то я не поділяю думку про те, що фіктивність та удаваність правочину може встановлюватись лише рішенням суду в цивільній справі. Із законодавчих визначень вказаних правочинів (ст. 234, ст. 235 ЦК) чітко випливає, що рішення суду вимагається лише для визнання того чи іншого правочину недійсним. Змістовні ж ознаки фіктивного та удаваного правочину визначені в ЦК і можуть бути успішно встановлені в межах кримінального провадження. Так що жодної колізії між кримінально-правовими та цивільно-правовими нормами у випадку сприйняття законодавцем пропонованого підходу не виникне. Натомість така колізія могла б виникнути за умови вказівки в ст. 205 КК на вчинення недійсного правочину.

З огляду на викладене вище, потребує обговорення пропозиція встановити в межах ст. 205 КК з уточненою назвою (її варіант пропонувався вище) замість включення до КК нової заборони (ст. 205-2) відповідальність не лише за створення суб'єкта господарської діяльності або встановлення контролю над ним чи набуття фізичною особою статусу підприємця для вчинення іншого злочину або його приховування, а і за вчинення службовою особою суб'єкта господарювання або фізичною особою – підприємцем фіктивного правочину (варіант – фіктивного або удаваного правочину), якщо це здійснено для вчинення іншого злочину або його приховування чи якщо розмір заподіяної матеріальної шкоди державі та (або) територіальній громаді, юридичній та (або) фізичній особі є значним.

Наразі я, на відміну від розробників законопроекту, не готовий написати, який розмір шкоди слід вважати в цьому разі значним. Для вироблення обґрунтованих вартісних критеріїв злочинності діянь у сфері господар-

ської діяльності необхідним є проведення досліджень – кримінологічних (у тому числі за участю економістів і соціологів), емпіричних (подібних до того, яке свого часу здійснив В.Л. Чубарев, з'ясовуючи розміри заподіяної матеріальної шкоди як фактору тяжкості злочинного діяння [12]), матеріалів правозастосовної практики. У будь-якому разі очевидно, що параметри господарських операцій і матеріальної шкоди, вказані в примітці ст. 205-2, пропонованій законопроектом для включення до КК, взяті «зі стелі» (принаймні в пояснювальній записці до законопроекту жодних пояснень з цього приводу немає).

1. Бондарчук В. В. Кримінальна відповідальність за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. В. Бондарчук. – К., 2013. – 19 с.
2. Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.
4. Шахрайство на фінансовому ринку. Практичний посібник з протидії / за ред. В. Фещенка. – К. : Українське агентство фінансового розвитку, 2011. – 424 с.
5. Загнітко О. П. Попередження створення фіктивних суб'єктів підприємництва / О. П. Загнітко, В. І. Марков // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2004. – № 3 (ч. 1). – С. 66–70.
6. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М. І. Хавронюк. – К. : Істина, 2004. – 504 с.
7. Киричко В. М. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Я. Тація / В. М. Киричко, О. І. Перепелиця. – Х. : Право, 2010. – 784 с.
8. Лысенко В. В. Фиктивные фирмы (криминалистический анализ) / В. В. Лысенко. – К. : Парламент. вид-во, 2002. – 112 с.
9. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / передне слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького / О. О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.
10. Макаров Д. Г. Теневая экономика и уголовный закон / Д. Г. Макаров. – М. : Юрлитинформ, 2003. – 216 с.
11. Соловійов Е. П. Теоретичні та практичні питання кримінальної відповідальності за фіктивні дії в підприємстві : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.08 / Е. П. Соловійов. – Х., 2005. – 19 с.
12. Чубарев В. Л. Тяжесть преступного деяния : монография / В. Л. Чубарев. – К. : Вища шк., 1992. – 171 с.

ЧИ МОЖУТЬ ВІДМИВАТИСЬ КОШТИ, НЕ СПЛАЧЕНІ ЯК ПОДАТКИ АБО ІНШІ ОBOB'ЯЗКОВІ ПЛАТЕЖІ?¹

Ухвалення Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (далі – Закон України від 14 жовтня 2014 р.), на підставі якого з примітки ст. 209 Кримінального кодексу України «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» виключено слова і цифри «(за винятком діянь, передбачених статтями 212 і 212-1 Кримінального кодексу України)», у черговий раз привертає увагу до проблеми предикатності податкових злочинів. Постає питання, чи визнаватимуться після набрання чинності вказаним Законом суспільно небезпечними протиправними діяннями, що передують легалізації злочинних доходів, ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК України) та ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (ст. 212-1 КК України). Попри вказані законодавчі зміни ствердна відповідь на поставлене питання не є очевидною.

Після ухвалення Закону України від 28 листопада 2002 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» (далі – Закон України від 28 листопада 2002 р.), в якому давалось визначення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, ст. 209 КК вимагала оперативних і кваліфікованих змін, зокрема, в частині описання предмета передбаченого нею складу злочину. Адже згідно з ч. 3 ст. 3 КК України злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Результатом здійсненого на підставі Закону України від 16 січня 2003 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України (далі – Закон України від 16 січня 2003 р.) механічного перенесення до тексту кримінального закону положення, закріпленого в абз. 3 ст. 1 Закону від 28 листопада 2002 р., стала, крім усього іншого, нечіткість вилучення ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 207 КК України; виключена з Кодексу на підставі Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності») та ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів із числа предикатних злочинів

По-перше, з ч. 1 примітки ст. 209 КК впливало, що вчинене за кордоном ухилення від сплати податкових внесків, яке за кримінальним законом іноземної держави і за КК України визнається злочином і тягне за собою будь-яке покарання, могло розглядатись як предикатне діяння за законодавством України (на відміну від ухилення від сплати податків і зборів, вчиненого в Україні). Така диференціація підходів до подібних злочинних посягань виглядала невиправданою.

По-друге, формулювання ч. 1 примітки ст. 209 КК наводило на думку про те, що ті різновиди ухилення від повернення виручки в іноземній валюті та ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів, які за законом тягнули менш суворе покарання, ніж три роки позбавлення волі, мали визнаватись суспільно небезпечними протиправними діяннями, що передували легалізації доходів. Не виключалось, однак, ще одне тлумачення кримінального закону: злочини, передбачені ст. 207 і ст. 212 КК, незалежно від виду і розміру покарання, яке могло бути призначено за їх вчинення, повинні були розцінюватись як предикатні діяння. П. Андрушко нечіткість законодавчого визначення предикатного діяння справедливо вбачав у тому, що вжиті в ньому в дужках слова «за винятком діянь, передбачених статтями 207 і 212 Кримінального кодексу України» можна було віднести як до законодавчого описання предикатного діяння, так і до межі покарання за таке діяння. Звідси впливало, що законодавець «або 1) обмежив коло злочинних діянь, зробивши винятком з них діяння, передбачені ст. ст. 207 та 212 КК, або ж 2) визначив, що якщо вчинені суспільно небезпечні діяння є злочинами, відповідальність за які передбачена ст. ст. 207 та 212 КК, то не має значення, яке покарання за них передбачене...» (див.: Андрушко П.П., Короткевич М.Є. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: кримінально-правова характеристика. – К., 2005. – С. 85).

Законодавець можна було покритикувати і за непослідовність. Так, якщо вже виключати певні злочини з числа предикатних, треба було враховувати, наприклад, те, що шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК) у тій частині, в якій це діяння полягає у використанні пільг щодо податків, є одним із різновидів ухилення від сплати податків, а тому і воно, вочевидь, мало виключатись з кола предикатних злочинів. І цей приклад не можна було визнати поодиноким.

Згадана нечіткість ч. 1 примітки ст. 209 КК у частині виключення ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів з кола предикатних діянь мала своїм наслідком те, що окремі дослідники і після прийняття Закону України від 16 січня 2003 р. продовжували вести мову про сукупність злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 209 КК. Так, В. Останін висловлював думку про те, що «у випадку встановлення факту легалізації грошових

¹ Стаття написана в співавторстві з Т.М. Тертиченко та опублікована: Юридичний вісник України. – 14–20 лютого 2015 р. – № 6; 21–27 лютого 2015 р. – № 7.

коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом, фактично встановлюється раніше прихований об'єкт оподаткування і, якщо обчислені з нього несплачені податкові внески відповідають ознакам предмета податкового злочину, то виникають підстави для кваліфікації вчиненого і за відповідною частиною ст. 212 КК» (див.: Останін В.О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 14). З урахуванням того, що ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів позбавлялось (в силу прямої, хоч і не зовсім вдалої в редакційному аспекті вказівки законодавця) якості предикатного злочину, з пропозицією про кваліфікацію за вказаною сукупністю злочинів погодитись було складно.

Пленум Верховного Суду України (далі – ВСУ) також витлумачив кримінальний закон таким чином, що злочини, передбачені ст. 207 і ст. 212 КК, незалежно від того, за якою частиною цих статей кваліфіковане те чи інше діяння та яке покарання встановлене за його вчинення, не можуть визнаватись предикатними діяннями. Обґрунтування такого тлумачення знаходимо в абз. 1 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», де зазначається таке: не можуть вважатись одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння кошти або інше майно, якими особа не заволоділа (не отримала) шляхом вчинення злочину, а які вона незаконно утримала, приховала, не передала державі за наявності обов'язку це зробити (зокрема, кошти, не сплачені як податки, інші обов'язкові платежі), оскільки в подібних випадках має місце не одержання коштів та іншого майна злочинним шляхом, а незаконне (злочинне) розпорядження ними (якщо право власності на них особа набула законно).

В абз. 3 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5 наводилось ще одне роз'яснення з аналізованої проблематики. Йшлося про те, що не є предметом легалізації кошти або інше майно, одержані внаслідок здійснення службовою особою всупереч встановленому порядку операцій з активами, що перебувають у податковій заставі і в подальшому використовуються суб'єктом господарювання – юридичною особою при здійсненні господарської діяльності, оскільки такі активи мають легальне походження. Звернемо увагу на те, що з погляду застосування ст. 209 КК нас має цікавити, так би мовити, кримінально-правовий статус не заставлених активів, а того майна, яке використовується в правомірній фінансово-господарській діяльності юридичної особи замість реалізованих заставлених активів та яке в розглядуваній ситуації, на нашу думку, все ж одержане злочинним шляхом – шляхом проведення незаконної операції, що утворює склад відповідного злочину (наразі кримінально-правова оцінка порушення порядку поводження із заставленим майном залежно від суб'єкта і конкретних обставин вчиненого має даватись за допомогою, зокрема, ст. ст. 364, 364-1, 365, 388 КК). На користь обмежувального тлумачення кримінального закону, відображеного в абз. 3 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5, можна навести хіба що таке міркування: злочинне відчуження активів, що перебувають у податковій заставі, не призводить до збільшення (прирощування) майна суб'єкта господарювання, а тому не дозволяє вести мову про одержання доходу як такого.

Разом з тим легальне розуміння доходів, одержаних злочинним шляхом, як будь-якої економічної вигоди, одержаної внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння, що передує відмиванню доходів, вочевидь, дозволяє визнавати «брудними» доходами і ті різновиди майнової вигоди, які означають не збільшення (прирощування) майна, а уникнення майнових зобов'язань (про це докладніше йтиметься нижче).

В юридичній літературі наводилось чимало цікавих, хоч і не завжди переконливих пояснень причин появи та справжнього змісту зробленого в 2003 р. у примітці ст. 209 КК застереження, яке стосується окремих злочинів. У будь-якому разі висловлювання про те, що «застереження стосовно вилучення з переліку предикатних злочинів діянь, передбачених ст. ст. 207, 212 212-1 КК, не підтримали ні науковці, ні практики» (див.: Сивак М.М. Примітки статей Особливої частини Кримінального кодексу України: теоретико-прикладний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 115), є неточним. Адже питання, чи може злочинна економія (або, інакше кажучи, непередача належного) бути способом формування «брудних» доходів, які підлягають наступному відмиванню і, відповідно, чи повинні мати статус предикатних злочинів ухилення від сплати податкових і страхових внесків, належить у доктрині до числа дискусійних.

Науковці, які (треба так розуміти) розділяли попередню позицію вітчизняного законодавця, здебільшого наголошували на одержанні особою, яка вчиняє ухилення від сплати податкових та інших обов'язкових платежів, законних доходів, що, на їх думку, унеможливлювало інкримінування такій особі кримінально-правової заборони, присвяченої відмиванню доходів, одержаних злочинним шляхом. Так, П. Андрушко послідовно наполягає на тому, що не повинні вважатись здобутими (одержаними) злочинним шляхом грошові кошти та інше майно, якими особа не заволодівала (які не одержувала) шляхом вчинення злочину, а які вона незаконно утримала, приховала, не передала їх державі за наявності обов'язку їх передати. Науковець зазначає, що в подібних випадках грошові кошти та інше майно не здобуваються (не одержуються) злочинним шляхом, а має місце незаконне (злочинне) розпорядження майном, право власності на яке особа набула законним шляхом. Як бачимо, саме така позиція (причому майже дослівно) знайшла відображення в абз. 1 п. 10 постанови

Пленуму ВСУ від 15 квітня 2005 р. № 5. Подібним чином розмірковує О. Чаричанський вказуючи на те, що при вчиненні злочину, передбаченого ст. 212 КК, кошти та інше майно не набувають злочинного характеру, а залишаються такими, які одержані законним шляхом, і тому вчинити відмивання таких коштів об'єктивно неможливо. Цілком очевидно, що і після набрання чинності Законом України від 14 жовтня 2014 р. викладена теоретична позиція продовжуватиме зберігати свою актуальність і наразі складно спрогнозувати, якою мірою вона впливатиме на правозастосування.

Тут доречно нагадати, що частиною російських дослідників (І. Кисельов, Н. Лопашенко, П. Яні та ін.) специфіка податкових злочинів також вбачається в тому, що їх вчинення юридично не утворює доходи, одержані злочинним шляхом. Йдеться про те, що відповідні суб'єкти не вилучають дивіденди внаслідок злочинних операцій, не придбавають злочинним шляхом те, чого раніше в них не було, проте не віддають «кесарю кесарево», тобто не перераховують державі частину своїх доходів, отриманих в результаті правомірних правочинів, злочинно зберігаючи власне майно або майно організації. Вважається, що майнова вигода (злочинна нажива) внаслідок вчинення податкових злочинів утворюється не за рахунок злочинного придбання, як цього вимагає кримінальний закон, а за рахунок злочинного утримання коштів, придбаних під час законної економічної діяльності. Використаний у текстах ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ термін «придбання» не включає в себе такі способи набуття майнових цінностей, як утримання, приховування або виготовлення.

Керуючись подібними міркуваннями, П. Яні охарактеризував як надмірну законодавчу вказівку на податкові злочини в кримінально-правових нормах про відповідальність за легалізацію. Однак виключати податкові застереження з текстів ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ, на думку науковця, було не варто, оскільки такий крок буде сприйнятий на практиці як згода законодавця на те, щоб визнавати злочинно придбаним майном у тому числі кошти, не сплачені як податки та інші обов'язкові платежі (див.: Яні П. Незаконное предпринимательство и легализация преступно приобретенного имущества // Законность. – 2005. – № 4. – С. 17). Російський законодавець до цієї точки зору не дослухався, про що трохи далі.

Зі сказаного випливає проміжний висновок про те, що ухвалення Закону України від 14 жовтня 2014 р. і здійснене на його підставі виключення з примітки ст. 209 КК України згадування про ст. 212 і ст. 212-1 цього Кодексу (всупереч очікуванням ініціаторів таких законодавчих змін) не дають однозначної відповіді на питання про можливість відмивання коштів, не сплачених в результаті ухилення від сплати податків і зборів та ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Намагаючись зрозуміти, чому діяння, передбачені ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК РФ, були виключені з числа предикатних злочинів, Б. Волженкін висловлював припущення про те, що законодавець виходив з відсутності в таких випадках предмета легалізації: гроші вже були в суб'єкта, вони не придбані злочинним шляхом, а тому не потребують легалізації. Таке пояснення законодавчої позиції науковець називав єдино можливим, хоч і не дуже переконливим. Адже якщо керуватись ним, варто було вказувати і на інші злочини, суть яких полягає в невиконанні майнових обов'язків. Крім цього, притаманне податковим злочинам протиправне утримання грошових коштів означає, що одержані в такий спосіб доходи все ж слід визнавати злочинними, а отже, такими, що потребують подальшої легалізації.

Г. Усатий писав, що діяння, передбачене ст. 212 КК України, не приносить винній особі злочинного доходу, тобто збільшення її майна за рахунок злочинного набуття чогось нового (речей, цінностей, грошей тощо). При цьому в іншій своїй роботі науковець зазначав, що ст. 209 КК, викладена в редакції Закону України від 16 січня 2003 р., не застосовується, якщо кошти або інше майно отримані внаслідок вчинення злочинів, передбачених ст. 207 і ст. 212 КК. Наведене висловлювання показує, що його автор не відкидав як таку можливість утворення «брудних» коштів за рахунок ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів і не відносив його до предикатних лише через наявність відповідного законодавчого застереження.

Подібна оцінка буде доречною і стосовно первісної позиції В. Киричка, О. Перепелиці та В. Тація, які спочатку вказували на те, що як про первинні (предикатні) в ст. 209 КК йдеться про злочини, при вчиненні яких особа одержує злочинний дохід, тобто збільшує своє майно, здобуває злочинним шляхом те, чого раніше в неї не було. Тому не може бути предметом легалізації майно, одержане в результаті вчинення злочину, зокрема передбаченого ст. 212 КК, оскільки він не приносить тому, хто його вчинив, злочинного доходу в зазначеному вище смислі. Як бачимо, згадані харківські правознавці, як і Г. Усатий, фактично визнавали можливість одержання «брудних» коштів внаслідок ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів, проте не вбачали достатніх підстав для визнання цих коштів саме злочинним доходом. Щоправда, під доходами в ст. 1 Закону України від 28 листопада 2002 р. (як і в ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р.) розумілась будь-яка економічна вигода, одержана внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння, що передусім легалізації доходів, у зв'язку з чим з приводу смислу, насправді вложеного в ст. 209 КК у частині предмета передбаченого нею складу злочину можна було і дискутувати.

Щоправда, згодом В. Тацій, В. Киричко та О. Перепелиця переглянули свою позицію, зазначивши, що, крім злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК, існують і інші діяння, які мають таку саму правову природу щодо коштів чи іншого майна: їх особа одержує у власність офіційно (легально), а тому вони не можуть виступати предметом легалізації, хоча можуть бути предметами інших злочинів (наприклад, це стосується діянь, караних за ст. 192 і ч. 2 ст. 222 КК) (див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Х., 2013. – Т. 2: Особлива частина. – 2013. – С. 287–288).

Принагідно вкажемо на навряд чи виправдану неузгодженість у позначенні предмета відмивання, яку Закон України від 14 жовтня 2014 р., на жаль, не усунув. Якщо в назві ст. 209 КК та примітці до неї йдеться про одержані доходи, то в диспозиції ч. 1 цієї статті – про майно, одержане внаслідок вчинення певного діяння. Пленум ВСУ, відтворивши в п. 4 своєї постанови від 15 квітня 2005 р. № 5 визначення доходів, закріплене в ст. 1 Закону України від 28 листопада 2002 р., не визнав за необхідне висловитись з приводу його співвідношення зі злочинною економією (утриманням, непередачею майна), яка, на переконання Пленуму ВСУ, доходом у контексті відповідальності за відмивання визнаватись не повинна (абз. 1 п. 10 постанови). На наш погляд, легальне розуміння доходів як будь-якої економічної вигоди все ж дозволяє визнавати доходами (з погляду застосування якщо не ст. 209 КК, то Закону України від 28 листопада 2002 р. і Закону України від 14 жовтня 2014 р.) і ті різновиди майнової вигоди, які означають не збільшення (прирощування) майна, а уникнення майнових зобов'язань.

В одній з колективних монографій (див.: Молчанова Т., Некрасов В., Корсун С., Усатый Г. Противодействие отмыванию денег: украинско-российский опыт. – К., 2007. – С. 42–43, 102–103), співавтори якої особливо не переймалися узгодженням своїх наукових позицій, можна прочитати, що ухилення від сплати податків не приносить винному злочинний дохід у значенні збільшення майна і водночас про те, що з подібним поясненням виключення з кола предикатних діянь податкових злочинів погодитись неможливо. Адже правозастосовна практика показує, що вчинення саме податкових злочинів призводить до отримання колосальних доходів.

У розроблених у 2003 р. Слідчим управлінням податкової міліції ДПА України Методичних рекомендаціях щодо розкриття та розслідування кримінальних справ про легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, законодавче виключення з числа предикатних злочинів діянь, вказаних у ст. 207 і ст. 212 КК, пояснювалось тим, що ухилення від повернення виручки в іноземній валюті та ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів не передбачають злочинного набуття права власності на доходи; у цих випадках доходи отримуються за результатами законної господарської чи іншої не забороненої законом діяльності.

Виокремимо дві вади в такому обґрунтуванні. По-перше, воно «не спрацьовувало» стосовно тих окремих злочинних доходів, які з урахуванням прямої вказівки законодавця (пп. 4.2.16 п. 4.2 ст. 4 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», пп. 164.2.11 п. 164.2 ст. 164 Податкового кодексу України) підлягають оподаткуванню. Цікаво, що, пояснюючи, чому ухилення від сплати податків (ст. 279 КК Республіки Македонії) не може утворювати сукупності з відмиванням грошей і спираючись на положення національного законодавства, Н. Тупанчеські пише, що «брудні» кошти як предмет передбаченого вказаною статтею КК відмивання оподаткуванню не підлягають (див.: Тупанчески Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / под ред. проф. В.С. Комиссарова. – М., 2001. – С. 244–245). По-друге, «злочинного набуття права власності на доходи» як такого взагалі бути не може, адже відповідно до ст. 328 Цивільного кодексу України право власності набувається на підставах, що не заборонені законом.

Згідно з п. 1 ст. 18 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 р. у співробітництві з питань боротьби з відмиванням може бути відмовлено, якщо правопорушення, у зв'язку з яким зроблено запит, є податковим. Не варто вбачати в цій нормі причину того, чому народні депутати України в 2003 р. виключили з числа суспільно небезпечних протиправних діянь, що передують легалізації, злочини, передбачені ст. 207 і ст. 212 КК, а в 2010 р. доповнили цей перелік вказівкою на злочин, караний за ст. 212-1 КК. З приводу згаданої конвенційної норми слушним є зауваження Т. Качки про те, що вона стосується лише міжнародного застосування фіскального права і жодним чином не стосується внутрішніх положень (див.: Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України асquis Європейського Союзу в сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. – К., 2004. – С. 83). Хіба потрібно згадувати про міжнародно-правову норму, згідно з якою в задоволенні відповідного клопотання іншої держави може бути відмовлено, якщо в Україні відмиваються доходи, одержані внаслідок вчинення знову ж в Україні злочину? Про яке міжнародне співробітництво в боротьбі з відмиванням йде мова в такій типовій (найбільш поширеній на практиці) ситуації застосування ст. 209 КК? Та ж обставина, що ч. 1 примітки ст. 209 КК, викладеної в редакції Закону України від 16 січня 2003 р., допускала принаймні теоретичну можливість віднесення до предикатних діянь вчиненого за межами України ухилення від сплати податкових внесків, взагалі прямо суперечить фіскальному застереженню, зробленому в пп. «д» п. 1 ст. 18 Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р.

В російській юридичній літературі зроблені в попередніх редакціях ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ податкові застереження інколи розцінювались як вияв «економічної амністії», спрямованої на залучення коштів у легальну економіку. Виключення злочинів, передбачених ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК РФ, з числа предикатних нерідко пояснювалось кримінологічними міркуваннями про недосконалість податкового і валютного законодавства як чинник, що значною мірою породжує поширеність таких економічних злочинів, а також тим, що за ступенем суспільної небезпеки ці діяння поступаються «загальнокримінальним» злочинам, характерним для організованої злочинності, у зв'язку з чим легалізація доходів, здобутих (придбаних) унаслідок їх вчинення, вважається такою, що не потребує криміналізації. Наприклад, на думку А. Наумова, було б принципово неправильним порівнювати за ступенем суспільної небезпеки відмивання доходів, отримуваних внаслідок вчинення податкових злочинів, із відмиванням доходів від незаконного обігу зброї, наркотиків, порнобізнесу тощо. Законодавче виключення податкових злочинів із кола предикатних діянь обґрунтовувалось також економічною невідповідністю для держави такого варіанту розвитку подій, за якого приховані від оподаткування кошти під загрозою застосування кримінально-правової репресії за легалізацію «брудних» доходів заганняються в ще більшу економічну тінь. Як бачимо, невключення ухилення від сплати податкових внесків у коло предикатних злочинів пояснюється зовсім не тим, що внаслідок його вчинення нібито не можуть утворюватись «брудні» кошти.

Отже, з позбавленням предикатного статусу ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів, вчинення якого тягне за собою вилучення (набуття) «брудних» доходів – майнової вигоди, не пов'язаної із збільшенням майна, можна було погодитись, якщо виходити з того, що за ступенем суспільної небезпеки злочинні порушення податкового законодавства поступаються злочинам, характерним для організованої злочинності. Виправданість такого варіанту економії кримінально-правової репресії пояснювалась і незадовільним станом системи оподаткування України, що вказувало на передчасність запозичення досвіду тих зарубіжних країн, кримінальне законодавство яких визнає податкові злочини предикатними діями.

Водночас чимало авторів визнавали досліджуване законодавче звуження кола предикатних злочинів недоречним. Щоправда, висловлювання з цього приводу єдністю також не відзначались. Наприклад, Є. Стрельцов не сумнівався в тому, що внаслідок вчинення ухилення від сплати податків, як і багатьох інших злочинів, можуть виникати «брудні» кошти, які надалі підлягають відмиванню. Н. Кузнецова писала, що у виключенні з числа предикатних злочинів ухилення від сплати податкових і митних платежів простежуються інтереси професійних «праль», які здійснюють легалізацію багатомільярдних сум, отриманих в результаті такого ухилення. Подібне рішення українського законодавця, називаючи його штучним, Б. Розовський також пов'язував не з юридичними тонкощами, а захистом інтересів великого капіталу, зацікавленого у відмиванні значних за обсягом коштів, отриманих шляхом ухилення від сплати податкових платежів. І після набрання чинності Законом України від 28 листопада 2002 р. і викладення ст. 209 КК у новій редакції на підставі Закону України від 16 січня 2003 р. окремі вітчизняні дослідники продовжували писати (але вже не в кримінально-правовому, а в кримінологічному аспекті) про ухилення від сплати податкових внесків як вагоме (інколи основне) джерело виникнення «брудних» коштів в Україні.

На думку О. Броневицької, виключення з числа предикатних злочинів діянь, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК, не узгоджується з п. «е» ст. 1 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних від злочинної діяльності, від 8 листопада 1990 р., а предикатним злочином слід вважати будь-який злочин, в результаті якого виникли доходи, що можуть стати предметом злочину, зазначеного в ст. 6 цієї Конвенції. Захищаючи в квітні 2008 р. кандидатську дисертацію «Запобігання органами внутрішніх справ легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом», О. Пустовіт висунув пропозицію повернути в число предикатних злочинів, передбачених ст. 207 і ст. 212 КК. За те, щоб вилучити з ч. 1 примітки ст. 209 КК як відсильної примітки-дефініції слова «за винятком діянь, передбачених статтями 212 і 212-1 Кримінального кодексу України», висловлювався М. Сивак. Увага при цьому, серед іншого, зверталась на те, що кошти, які мають бути сплачені як обов'язкові платежі, що входять до системи оподаткування, та як страхові внески, залишаються в статусі законних тільки доти, доки вони не повинні будуть надійти в розпорядження держави в установленому законом порядку.

Тут варто нагадати, що до набрання чинності Законом України від 16 січня 2003 р. ст. 209 КК досить успішно застосовувалася в діяльності податкової міліції. А в науково-практичному коментарі до ст. 209 КК одним з авторів цих рядків висловлювалась думка про визнання ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів предикатним злочином. Обґрунтування цієї позиції зводилось до наступного: отримавши внаслідок правомірної діяльності грошові кошти як об'єкт оподаткування та ухилившись від сплати з них податків, інших обов'язкових платежів, особа завідомо злочинним шляхом здобувала кошти, котрі надалі могли бути легалізовані, як цього і вимагала чинна на той момент редакція ст. 209 КК. «Брудними» в цьому разі виступали ті грошові суми у формі несплаченого (недоплаченого) податку, іншого обов'язкового платежу, які повинні були надійти державі та яких у платника не було, якби він виконав покладений на нього обов'язок. Злочинна

економія як спосіб здобуття грошових коштів (предмета потенційного відмивання) мала місце і тоді, коли джерелом сплати податкових платежів виступали інші кошти платника податків, не пов'язані безпосередньо з об'єктом оподаткування (наприклад, у випадку ухилення від сплати податку з власників транспортних засобів або податку на землю). Достатньо було задати собі питання, чи мала б особа кошти (предмет відмивання) за умови сумлінного виконання нею обов'язку зі сплати податків, інших обов'язкових платежів, щоб переконатись у предикатному характері злочинного ухилення від їх сплати.

При такому тлумаченні кримінального закону бралось до уваги і те, що в українській мові поняття «здобути», не обмежуючись одержанням чого-небудь, означає також знаходити що-небудь, виробляти, заробляти, набувати, діставати, мати що-небудь як результат чогось. Цікаво, що в матеріалі «Питання боротьби з відмиванням грошей. Аналіз статті 209 Кримінального кодексу України», підготовленому експертами Українсько-європейського консультативного центру з питань законодавства Б. Шльоером і р. Корнутою (К., 2002), з цього приводу зазначалось, що саме через широту значення поняття «здобути» не витримує критики та є неприйнятною позиція, згідно з якою ухилення від сплати податків не є здобуттям, а тому не може, як інші діяння, бути злочинним шляхом, яким здобуваються «брудні» кошти. До речі, в § 406 КК Норвегії сказано, що норма про вилучення доходу, отриманого внаслідок вчинення кримінально караного діяння (§ 34), поширюється і на випадки ухилення від сплати офіційних податків і зборів; доходом у цьому разі має визнаватись належна громадській скарбниці сума, на яку повинні були бути сплачені податки або збори.

Як бачимо, доходи від злочинів, передбачених ст. 212 та ст. 212-1 КК України, утворюються в результаті не стільки одержання, скільки утримання, а це певною мірою виправдовує точку зору, згідно з якою такі доходи (принаймні з формальної точки зору) не повинні визнаватись предметом злочину, передбаченого ст. 209 КК. Незважаючи на шлях виникнення доходів, вони, однак, не перестають бути злочинними. Виходить, що використане в первісній редакції ст. 209 КК формулювання в частині позначення предмета злочину (майно, здобуте злочинним шляхом), є таким, що більше узгоджується з ідеєю виключення податкового застереження зі статті КК, присвяченої відмиванню, і, вочевидь, таке (або подібне) формулювання мало б фігурувати в ст. 209 КК, удосконаленій на підставі Закону України від 14 жовтня 2014 р.

Транснаціональний характер діяльності з відмивання злочинних доходів зумовлює необхідність координації зусиль і співробітництва різних держав у сфері протидії вказаному негативному явищу. Важливу роль у цьому відіграють нормативні акти міжнародного рівня (особливо регіонального характеру) та гармонізація з ними національних законодавств. Для України в цьому сенсі пріоритетними є нормативно-правові акти РЄ та ЄС, по-перше, через територіальну належність і, по-друге, через прагнення вступу до ЄС.

З'ясування тієї обставини, що внаслідок вчинення ухилення від сплати податкових та соціальних внесків (ст. 212, ст. 212-1 КК України) фактично утворюються злочинні доходи, і що майновий результат внаслідок вчинення цих злочинів має ознаки злочинного доходу, – вагомий, як видається, аргумент на користь внесення на підставі Закону України від 14 жовтня 2014 р. зміни дефініції суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів (ч. 1 примітки ст. 209 КК), яка (зміна) полягає у виключенні з неї податкового застереження.

До того ж такий законодавчий крок узгоджується з поняттям предикатного правопорушення, яким оперують Конвенція РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних від злочинної діяльності, від 8 листопада 1990 р. і Конвенція РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму від 16 травня 2005 р., відповідно до яких – це будь-яке діяння, в результаті якого можуть виникнути доходи, що підлягають наступній легалізації, а доходи визначаються як будь-яка економічна вигода, набута злочинним шляхом (треба так розуміти, що мова тут йде не тільки про так званий позитивний дохід). Тому ми не можемо погодитись із висловлюванням про те, що сумна практика застосування ст. 209 КК України при притягненні осіб до відповідальності за ст. 212 КК як предикатного злочину суперечить прямій забороні цього в Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р. (див.: Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Х., 2013. – С. 30). За всього бажання відшукати подібну заборону в цьому міжнародно-правовому акті не вдасться.

Ст. 1 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р. до основних (предикатних) правопорушень відносить будь-які правопорушення, внаслідок вчинення яких були отримані доходи, стосовно яких можуть бути вчинені діяння, що утворюють склад злочину «відмивання доходів від злочинів»; доходом від злочину визнається майно, придбане чи одержане (прямо або непрямо) в результаті вчинення будь-якого злочину.

Наведене міжнародно-правове розуміння предикатного (основного) злочину і злочинного доходу, який відмивається, знову наводить на думку про доречність певного розширення предмета легалізації, що, своєю чергою, спонукає не використовувати в назві і тексті ст. 209 КК зворот «майно, одержане злочинним шляхом».

У Сорока рекомендаціях FATF від 16 лютого 2012 р. податкові злочини, пов'язані з прямими та непрямими податками, включені в список предикатних злочинів, що передують відмиванню доходів, одержаних проти-

правним шляхом. При цьому, як зазначається в ЗМІ, FATF як організацію цікавить не ухилення від податків як таке, а ті злочинні цілі, на які може бути витрачено здобуті таким шляхом кошти. Включення податкових злочинів до списку FATF може мати дуже серйозні наслідки, зокрема, подібний підхід загрожує поступовим вимиранням «податкових притулків» – офшорних зон із пільговим режимом оподаткування. До речі, в пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленому як Закон України від 14 жовтня 2014 р., вказувалось на те, що його метою, серед іншого, є врахування пропозицій до національного законодавства експертів FATF. У повістці дня ЄС питання про безпосереднє включення податкових злочинів до переліку предикатних ще стоїть, однак вже реалізується в проєкті Четвертої директиви. З огляду на новітні тенденції розвитку антилегалізаційного законодавства, вірогідність того, що зазначене положення не буде ухвалено з її остаточним прийняттям, є мінімальною.

Притаманна зарубіжному законодавству специфічність у визначенні кола предикатних діянь дістає свій прояв, зокрема, в тому, що на національному рівні по-різному вирішується питання про визнання предметом відмивання майнової вигоди, не пов'язаної з отриманням «позитивного» доходу (або, інакше кажучи, збільшення майна), та, як наслідок, про віднесення до предикатних діянь кримінально караних порушень податкового законодавства. Міркування німецького фахівця К. Коттке, який значну частину свого дослідження присвятив аналізу утворення «брудних» коштів саме в сфері податкової злочинності (див.: Коттке К. «Грязные» деньги – что это такое? Справочник по налоговому законодательству в области «грязных» денег / пер. с нем. – М., 1998. – С. 38–151), зайвий раз переконують у тому, що за наявності відповідної волі національного законодавця кримінально каране ухилення від сплати податкових внесків може набувати якості повноцінного предикатного злочину.

Поступово питання щодо виключення податкового застереження з норм про кримінальну відповідальність за відмивання злочинних доходів позитивно вирішується і в законодавстві європейських країн. Так, якщо ще близько десяти років тому твердження, що відповідно до законодавства більшості країн Західної Європи податкові злочини поряд з іншими злочинними посяганнями розглядаються як предикатні діяння, піддавалось критиці, то зараз ситуація суттєво змінилась. Уряди європейських держав стали менш поблажливими в цьому аспекті, в тому числі через фінансову кризу 2008 р., що сприяло посиленню співпраці з «податковими притулками» (такими, наприклад, як Швейцарія); до такого кроку підштовхнули дефіцит ліквідності та наявність величезних сум грошей на офшорних рахунках громадян і компаній, що приховують свої доходи від податкових органів.

Звісно, докладно проаналізувати чинне законодавство всіх країн Європи досить непросто (передусім через мовні обмеження), однак на сьогодні можна з упевненістю говорити про реалізацію зазначеного положення принаймні в таких країнах, як Бельгія, Великобританія, Греція, Данія, Естонія, Ірландія, Іспанія, Італія, Латвія, Литва, Мальта, Нідерланди, Норвегія, Польща, Португалія, Румунія, Словаччина, Словенія, Угорщина, Фінляндія, Франція, Чехія, Швеція (див.: Marriage A. Secret structures, hidden crimes: Urgent steps to address hidden ownership, money laundering and tax evasion from developing countries / Alex Marriage. – Brussels, 2013. – p. 20).

Можна навести і інші зарубіжні приклади законодавчого надання податковим злочинам статусу предикатних (первинних) діянь як джерела «брудних» коштів. Так, згідно з § 165 КК Австрії «Відмивання грошей» складові частини майна, що підлягають відмиванню, можуть бути отримані внаслідок вчинення фінансового проступку, віднесеного до компетенції судів і пов'язаного з контрабандою або ухиленням від сплати ввізного чи вивізнього мита. Ст. 462.3 КК Канади, яка регламентує відповідальність за відмивання злочинних доходів, відносить податкові злочини до діянь, внаслідок вчинення яких здобуваються такі доходи.

Чимало російських авторів, оцінюючи рішення свого законодавця про уточнення (а точніше скорочення) переліку предикатних злочинів, характеризували його як вельми спірне, нелогічне, зауважуючи, що доходи саме від ухилення від сплати податків, невиконання обов'язків податкових агентів тощо займають основне місце в структурі злочинних доходів. Кошти, отримані внаслідок ухилення від сплати податків, також є незаконними, а ухилення від сплати податків – таким саме злочином, як і всі інші кримінально карані діяння. Відзначалась недоречність вибіркового гуманізму такого кроку, який порушує принципи справедливості і рівності громадян перед законом, не враховує суспільної небезпеки вказаних злочинів, які є надзвичайно поширеними і завдають шкоди необмеженому колу осіб, життєдіяльності всього суспільства. Небезпідставно констатувалось, що згадане рішення російського законодавця суперечило новітнім тенденціям розвитку законодавства про відмивання в світі, міжнародним стандартам у цій сфері, і що легалізація коштів, здобутих внаслідок вчинення податкових злочинів, має достатній для її криміналізації ступінь суспільної небезпеки (див., наприклад: Энциклопедия уголовного права. Т. 19. Преступления в сфере экономической деятельности. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2012. – С. 346–347). Відсутність відповідальності за відмивання грошових коштів, отриманих внаслідок ухилення від сплати податків, зборів, митних платежів, називалась істотною прогалиною російського кримінального законодавства (див.: Жубрин Р.В. Противодействие легализации преступных доходов (зарубежный и российский опыт). – М., 2010. – С. 272).

Із попередніх редакцій ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ впливало, що кошти, здобуті внаслідок вчинення податкових злочинів та неповернення з-за кордону коштів в іноземній валюті, загалом належали до злочинних доходів, однак з певних міркувань вони виключались з числа доходів, за відмивання яких настає кримінальна відповідальність. Визнаючи предметом легалізації будь-які майнові вигоди від вчинення злочинів (у тому числі економію коштів), І. Клепицький слушно зауважував, що в протилежному випадку було б незрозуміло, що мав на увазі законодавець, коли робив застереження щодо ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК РФ. Коментуючи попередню редакцію ст. 174-1 КК РФ (легалізація майна, придбаного особою внаслідок вчинення нею злочину), Л. Єрмакова писала, що злочинна діяльність, яка передувє легалізації, не входить у поняття цього злочину, знаходиться за межами його складу і потребує додаткової кваліфікації за іншими статтями КК, за винятком ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК (див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.И. Рарог. – М., 2004. – С. 308). Таким чином, фактично визнавалось, що за відсутності вказівки законодавця про виключення певних кримінально-правових норм дії особи, яка здійснює легалізацію коштів, придбаних внаслідок вчинення нею податкового або валютного злочину, утворювали б відповідну сукупність злочинів.

У ст. 174 і ст. 174-1 КК РФ, викладених в редакції Федерального закону від 28 червня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів Російської Федерації в частині протидії незаконним фінансовим операціям» і присвячених легалізації грошей та іншого майна, завідомо придбаних злочинним шляхом, застереження «за винятком злочинів, передбачених ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК РФ» відсутні. Як наслідок, сфера застосування кримінально-правових заборон, присвячених відмиванню, значно розширена. Аналітики, оцінюючи таку законодавчу новелу, констатували, зокрема, відсутність будь-яких передбачених міжнародно-правовими документами перешкод для того, щоб не визнавати злочини, передбачені ст. ст. 193, 194, 198–199.2 КК РФ, предикатними. Відзначалось і те, що: по-перше, майнова вигода в результаті вчинення таких злочинів утворюється за рахунок злочинного утримання коштів, отриманих внаслідок законної економічної діяльності, що, своєю чергою, може розглядатись як злочинне придбання коштів; по-друге, їх легалізація має за умов серйозної зміни економічної ситуації належний для криміналізації ступінь суспільної небезпеки.

Таким чином, здійснене в жовтні минулого року виключення податкового застереження з примітки ст. 209 КК України загалом є підстави розцінювати як своєчасну і виважену законодавчу зміну. Україні в цьому разі не доведеться в черговий раз вдосконалювати національний кримінальний закон, покликаний протидіяти відмиванню злочинних доходів, під тиском міжнародного співтовариства, як це відбувалося, наприклад, у 2001–2003 рр. Водночас мусимо констатувати, що проблема предикатного характеру ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів, незважаючи на ухвалення Закону України від 14 жовтня 2014 р., продовжує стояти на порядку денному і не лише через з'ясовану неоднозначність законодавчих позначень предмета відмивання.

Річ у тім, що діяння утворюють склади злочинів, передбачених ст. 212 КК і ст. 212-1 КК, незалежно від того, виведені кошти, не сплачені як обов'язкові внески з обороту суб'єкта господарювання або ж вони і надалі залишаються в розпорядженні цього суб'єкта. У багатьох випадках кошти, злочинно зекономлені шляхом ухилення від сплати податкових і страхових внесків, фактично не відокремлюються від інших активів суб'єкта господарювання, не встигають перейти в тінь, продовжують залишатись у легальному секторі економіки, де надалі використовуються в правомірній фінансово-господарській діяльності юридичної особи або фізичної особи – підприємця. У результаті виникають, скоріше за все, риторичні питання, чи відбувається в подібних випадках легалізація, як цього вимагає чинна редакція ст. 209 КК, і чи вбачається тут характерна для об'єктивної сторони кримінально караної легалізації розірваність у часі між вчиненням предикатного діяння і подальшою легалізацією злочинно здобутих (одержаних) коштів?

Показово, що окремі російські криміналісти, схвально ставлячись до рішення свого законодавця виключити з числа предикатних злочини, передбачені ст. ст. 193, 194, 198, 199, 199-1, 199-2 КК РФ, пояснюють свою позицію якраз тим, що одержані внаслідок вчинення таких злочинів грошові кошти (на відміну від інших злочинних доходів) не потрібно вводити в обіг для надання їм вигляду законних доходів, тобто в цьому разі не вимагається проведення операцій щодо їх легалізації. Випадки, коли доходи, утворені в результаті вчинення злочинів, передбачених ст. 212 та ст. 212-1 КК України, використовуються для продовження господарської діяльності (зокрема, задоволення легальних потреб суб'єкта господарювання), навряд чи утворюватимуть склад злочину, передбаченого ст. 209 КК, і через відсутність суб'єктивної сторони відмивання, для якої характерним є прагнення надати злочинним доходам вигляду легальних. Тут, однак, варто погодитися з Т. Качкою в тому, що це свідчить лише про відсутність ознак відмивання грошей у певних випадках, жодним чином не означаючи, що легалізація доходів, одержаних в результаті вчинення податкових злочинів, взагалі є неможливою.

Так, не викликає сумнівів предикатний характер ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів у тих випадках, коли вилучені в такий спосіб грошові кошти виводяться з обороту суб'єкта господарювання (наприклад, шляхом проведення конвертаційних операцій), а згодом використовуються для

проведення правомірної діяльності, в тому числі не пов'язаної з функціонуванням суб'єкта господарювання, на якому вчинено ухилення від сплати податків. З цього приводу в листі ДПА України від 30 квітня 2002 р., направленому до ВСУ, зазначалось, що відповідними підрозділами податкової міліції постійно виявляються факти використання прихованих від оподаткування доходів як інвестицій у новостворені або вже діючі підприємства, для придбання цінних паперів, іншого рухомого та нерухомого майна тощо.

Таким чином, ми схильні до того, щоб давати ствердну відповідь на питання, чи зможуть після набрання чинності Законом України від 14 жовтня 2014 р. кошти, не сплачені як податки або інші обов'язкові платежі, виступати предметом відмивання «брудних» доходів. Однак інкримінування ст. 209 КК України в таких випадках не виключатиметься лише за умови встановлення у вчиненому всіх інших об'єктивних та суб'єктивних ознак складу злочину, передбаченого цією статтею кримінального закону. До того ж законодавче описання предмета кримінально караного відмивання бажано уточнити, охопивши ним майнову вигоду, утворювану шляхом злочинної економії (непередачі належного, утримання майна), і в такий спосіб узгодивши це описання з уже втіленою ідеєю виключення з кримінального закону податкового застереження.

СУБ'ЄКТ ВІДМИВАННЯ «БРУДНОГО» МАЙНА В КОНТЕКСТІ ПРИНЦИПУ NON BIS IN IDEM¹

Найбільш дискусійним з проблематики суб'єкта відмивання злочинних доходів (ст. 209 КК України) є питання, чи повинна визнаватися його суб'єктом особа, котра вчинила предикатний злочин. Така ситуація, на нашу думку, викликана неоднозначністю міжнародного, зокрема, загальноєвропейського законодавства про протидію легалізації кримінальних доходів, у т. ч. положень Конвенції РЄ від 8 листопада 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних від злочинної діяльності. У ній зазначається, що в національному законодавстві держави може бути обумовлено, що до кримінальної відповідальності за відмивання злочинних доходів не притягуються особи, які вчинили предикатний злочин (п. «b» ч. 2 ст. 6).

Л.М. Анісімов вважає, що ця норма принижує юридичне значення відмивання як хоч і пов'язаного з основним, проте самостійного злочину. Відзначається, що Конвенція від 8 листопада 1990 р. не покладає на держави зобов'язання посилювати відповідальність особи, яка відмиває доходи, одержані внаслідок вчинення нею злочину. Звідси робиться висновок про те, що п. «b» ч. 2 ст. 6 згаданої Конвенції, дозволяючи особі повністю уникати відповідальності за відмивання своїх злочинних доходів, є перешкодою для подальшого розвитку національного законодавства у вказаній сфері [1, с. 94]. Останній міжнародний договір із протидії відмиванню (Конвенція РЄ від 16 травня 2005 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму) не вирішив поставленого питання, бо містить аналогічний припис (п. «b» ч. 2 ст. 9); директиви ЄС, включаючи останню – Четверту директиву, також залишають це питання без жодної відповіді.

Сказаним, вочевидь, і пояснюється той факт, що в кримінальному законодавстві зарубіжних країн вказане питання розв'язується по-різному. Частина зарубіжних кримінальних законів містить положення про те, що кримінальній відповідальності за відмивання злочинних доходів підлягає не лише та особа, яка відмиває ці кошти, а і та, яка відмиває доходи, отримані внаслідок вчинення нею протиправних дій (наприклад, кримінальні кодекси Австрії, Литви, Естонії, Франції, Швеції).

У РФ особам, котрі не брали участі у вчиненні предикатних злочинів, присвячено окрему норму (ст. 174 КК), в якій йде мова про вчинення фінансових операцій та інших угод з майном, завідомо придбаним іншими особами злочинним шляхом, з метою надання правомірного вигляду володінню, користуванню і розпорядженню таким майном. А ст. 174¹ КК РФ передбачає караність легалізації, яку здійснює та особа, яка внаслідок вчинення нею злочину отримала «брудне» майно. Тобто і в цій країні питання про суб'єкта відмивання чітко вирішується в законодавстві. Не можна, однак, сказати, що таке рішення знайшло одностайну підтримку в доктрині. Так, Н.О. Лопашенко пише, що після законодавчих змін 2013 р., які максимально уніфікували умови настання кримінальної відповідальності за легалізацію, передбачену ст. 174 і ст. 174¹ КК РФ, практичного сенсу в самостійному (окремому) існуванні цих кримінально-правових заборон немає. Варто повернутись до однієї статті, не обумовлюючи специфіку суб'єкта злочину [2, с. 510]. Такої ж позиції дотримується інша відома дослідниця проблем кримінальної відповідальності за економічні злочини М.В. Талан [3, с. 54, 56].

В інших країнах, розглядуване питання також вирішується на законодавчому рівні, але інакше. Так, у Польщі (ст. 299 КК) і Болгарії (ст. 253 КК) за відмивання доходів не підлягає покаранню той, хто має нести відповідальність за вчинення предикатного злочину. В цьому випадку легалізація майна злочинного походження розглядається як вид причетності до основного злочину, що виключає кримінальну відповідальність за відмивання грошей співучасників основного злочину. Як зазначають деякі науковці, сенс такої конструкції полягає в тому, що суспільна небезпека причетності до основного злочину за допомогою відмивання доходів від його вчинення не може визначатись самостійно, а є похідною від первинного злочину [4, с. 56].

Кримінальна відповідальність за відмивання грошей співучасників основного злочину в межах цього підходу виключається відповідно до принципу *non bis in idem*, який означає заборону притягнення до відповідальності або покарання двічі за одне і те саме діяння (від латинського – «не двічі за одне й те саме»). Задля справедливості відзначимо, що законодавче положення про неможливість двічі бути притягненим до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК України), відоме як принцип *non bis in idem*, правниками тлумачиться по-різному. У межах згаданого підходу подальше розпорядження особою майном, яке вона здобула злочинним шляхом, не має значення для кримінально-правової оцінки вчиненого, яку з урахуванням принципу економії кримінально-правової репресії доцільно обмежувати інкримінуванням норми КК про відповідальність за предикатний злочин [5, с. 721–722]. Виходячи з подібних міркувань, у висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

¹ Стаття написана в співавторстві з Т.М. Тертиченко та опублікована: Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 30–31 жовтня 2015 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 122–128.

запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» містились пропозиція доповнити ст. 209 КК приміткою 2 такого змісту: «Дія статті 209 не поширюється на осіб, які вчинили суспільно небезпечні протиправні діяння, що передували легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (предикатні злочини)».

Слід зазначити, що, аргументуючи викладену вище позицію, науковці інколи апелюють до досвіду Німеччини як однієї з європейських країн-лідерів. Однак мало хто згадує про те, що сьогодні відмивання доходів за КК Німеччини фактично утворює ідеальну конкуренцію, специфіка якої полягає в тому, що покарання призначається за статтею, яка передбачає більш суворе покарання. Тобто відповідальність за відмивання цінностей, здобутих від діяння, вчиненого тільки іншою особою, передбачалася лише в первісній редакції § 261 КК Німеччини, однак цей припис вже давно змінено, і в чинній редакції розглядувана кримінально-правова норма вже не містить такого звуження кола суб'єктів.

У ст. 209 КК України положень стосовно обмеження кола суб'єктів не міститься, а Пленум Верховного Суду (далі – ВС) України в п. 15 своєї постанови від 15 квітня 2005 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» дав роз'яснення про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 209 КК України, може бути як особа, яка не брала участі у вчиненні предикатного злочину, так і той, хто був причетний до вчинення основного злочину. Такої позиції дотримується більшість вітчизняних науковців, зокрема, П.П. Андрушко, А.С. Беніцький, О.З. Гладун, О.Б. Полторацький, Г.О. Усатий, О.О. Чаричанський, які зазначають, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 209 КК України, може бути як особа, котра здобула злочинним шляхом майно, так і будь-яка інша особа, яка здійснює зазначені в диспозиції ст. 209 КК України діяння з метою легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом іншими особами. Щоправда, така позиція, наразі підтримувана і авторами цих рядків, потребує додаткової аргументації.

Суспільна небезпека відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, виходить далеко за межі охоронюваних законом відносин щодо відправлення правосуддя та чинить вплив на економіку. Заслугує на увагу підхід М.М. Лапуніна, який розмежовує причетність до злочину та вторинну злочинну діяльність (включаючи відмивання доходів). Науковець справедливо вказує на те, що найбільш небезпечні форми причетності, що посягають, як правило, на відмінний від основного об'єкт, можуть втрачати властивості причетності, залишаючись при цьому вторинним діянням, і відбувається це за волею законодавства [6, с. 63]. Вважаємо, що такий підхід дуже влучно характеризує склад злочину, передбаченого ст. 209 КК України.

З урахуванням віднесення відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом, до вторинної злочинної діяльності, слід вказати на деякі відмінності останньої від причетності до злочину: 1) вторинне злочинне діяння, як і причетність, не є співучастю, але при цьому, на відміну від останньої, не виключає її; 2) суб'єктом вторинного злочину може бути особа, яка брала участь у здійсненні основного злочину, а також інша особа (перша ситуація неможлива при причетності до злочину); 3) при причетності завжди має місце збіг декількох осіб при вчиненні відповідних злочинів: тут йдеться про діяльність щонайменше двох суб'єктів; для вторинного злочину це твердження не є правилом, адже вчинення вторинного злочину можливе тією ж особою, яка брала участь в основному делікті; 4) для будь-якого вторинного злочину необхідна наявність основного (первинного) злочину, для деяких же випадків причетності це необов'язково (варто пам'ятати, що вторинний злочин носить самостійний характер і завжди може бути вчинений вже після основного делікту, чого немає при недонесенні про підготовлюваний злочин і потуранні, які є різновидами причетності) [6, с. 66].

Якщо відносити відмивання доходів виключно до причетності, то у випадку його вчинення суб'єктом предикатного злочину в співучасті з іншою особою до відповідальності мала б притягуватися лише остання. Вважаємо, що в такому випадку порушувався б такий загальний правовий принцип, як справедливість. Якщо розглядати справедливість відповідно до «Теорії справедливості» Дж. Ролза (як формальну, змістовну та процедурну), то у випадку виключення на законодавчому рівні з кола суб'єктів відмивання кримінальних доходів осіб, які вчинили первинний злочин, буде порушено, перш за все, формальну справедливість, основна ідея якої полягає в тому, щоб однаково ставитися до однакового [7, с. 99].

Причому варто пам'ятати, що намір вчинити відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, та вчинення самих дій, що утворюють об'єктивну сторону складу цього злочину, як правило, відділені між собою певним проміжком часу, коли формується прямий умисел, а особа обмірковує плани і способи вчинення злочину, розробляє методи приховування чи маскування слідів злочинного діяння і повернення майна в легальний економічний обіг. Тобто має бути присутня суб'єктивна сторона саме злочину, передбаченого ст. 209 КК України. Враховуючи наведене, навряд чи можна говорити про порушення в розглядуваній ситуації принципу *non bis in idem*, адже в особі має бути умисел не просто на розпорядження майном, здобутим внаслідок вчинення предикатного злочину, а на його відмивання.

Крім того, злочин, передбачений ст. 209 КК України, завдає шкоди відповідному об'єкту незалежно від того, чи був він вчинений особою, яка скоїла предикатний злочин. Як зазначає О.О. Чаричанський, припустивши

можливість виключення з кола суб'єктів легалізації осіб, які вчинили первинні злочини, ми тим самим пов'яжемо суспільну небезпеку легалізації зі способом здобуття предмета злочину. Однак це неправильно, оскільки легалізація майна характеризується всіма елементами складу злочину і, перш за все, суспільно небезпечним діянням, спрямованим на спричинення шкоди об'єкту [8, с. 155–156]. Причому рівень суспільної небезпеки відмивання кримінальних доходів може бути значно вищий, ніж у предикатного злочину.

Відображена в постанові Пленуму ВС України від 15 квітня 2005 р. № 5 позиція з питання про коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за відмивання, виглядає не зовсім послідовною. Так, в абз. 2 п. 15 цієї постанови вказується, що суб'єктом злочину при його здійсненні у формі якогось із діянь, визначених ч. 1 ст. 209 КК України, може бути тільки особа, яка не вчинила предикатного діяння, за умови, що вона усвідомлювала факт одержання коштів або майна іншими особами злочинним шляхом. Саме так (буквально) сприйняли роз'яснення Пленуму ВС України російські дослідники О.Ю. Якімов і С.С. Якімова, з міркувань яких випливає, що вони виключають з числа суб'єктів відмивання за КК України виконавців та інших співучасників предикатного злочину [9, с. 66]. При цьому в п. 17 постанови Пленуму ВС України від 15 квітня 2005 р. № 5 говориться, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 209 КК, є як особа, яка здобула кошти або майно злочинним шляхом, так і та особа, яка заздалегідь пообіцяла вчинити передбачені цією статтею дії для легалізації коштів або іншого майна, отриманих внаслідок скоєння предикатного злочину.

З урахуванням чинної редакції ст. 209 КК України вважаємо, що за нею може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, і наступні дії, які охоплюються поняттям відмивання, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння. Викладена точка зору, яка сприймається і судовою практикою, виходить з того, що чинний КК не розглядає відмивання як форму причетності до предикатного злочину.

Вироком Нахімовського районного суду м. Севастополя К. і Д. були засуджені за ч. 4 ст. 190 і водночас виправдані за ч. 2 ст. 209 КК України на тій підставі, що вони не є суб'єктами злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою. Погоджуючись з апеляцією прокурора, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду м. Севастополя визнала за необхідне уточнити обґрунтування виправдання К. і Д. за ч. 2 ст. 209 КК України і вказала в своїй ухвалі на недоведеність вини підсудних у вчиненні відмивання. Висновок районного суду про невизнання К. і Д. суб'єктами злочину, передбаченого ст. 209 КК України, був визнаний безпідставним, оскільки ця стаття не передбачає спеціального суб'єкта злочину [10].

Разом з тим слід враховувати, що до кримінальної відповідальності за відмивання злочинних доходів у вигляді набуття і володіння злочинного майна не може бути притягнуто особу, яка брала участь у вчиненні предикатного злочину, бо вона набуває таке майно і володіє ним унаслідок вчинення предикатного злочину і в цьому випадку має нести відповідальність саме за його вчинення. В протилежному випадку буде порушений саме принцип *non bis in idem*. Якщо ж дії особи, котра вчинила предикатний злочин, утворюватимуть склад відмивання в інших формах об'єктивної сторони, передбачених диспозицією ст. 209 КК України (крім набуття і володіння), притягнення її до кримінальної відповідальності вже не буде порушенням згаданого принципу.

Таким чином, вирішуючи проблему суб'єкта відмивання, слід виходити з того, що відмивання доходів варто розглядати не як вид причетності до злочину, а як один із видів відмінної від неї вторинної злочинної діяльності. Тому на питання про обмеження кола суб'єктів аналізованого злочину шляхом виключення з нього осіб, які вчинили предикатний злочин, слід давати негативну відповідь.

1. Анисимов Л. Н. Международно-правовые средства противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем / Л. Н. Анисимов // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1. – С. 88–119.
2. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономической деятельности : монография. В 2 ч. Ч. II / Н. А. Лопашенко. – М. : Юрлитинформ, 2015. – 640 с.
3. Талан М. В. Совершенствование уголовно-правовых норм об ответственности за легализацию преступных доходов с учетом законодательных поправок 2010–2011 гг. / М. В. Талан // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2012. – № 3. – С. 50–59.
4. Букарев В. Б. Уголовная ответственность за легализацию (отмывание) доходов, приобретенных преступным путем / В. Б. Букарев, Ю. В. Трунцевский, Н. А. Шулепов. – М. : Юрист, 2007. – 144 с.
5. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / О. О. Дудоров. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. – 952 с.
6. Лапунин М. М. Вторичная преступная деятельность и ее криминализация : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Лапунин Михаил Михайлович. – Саратов, 2006. – 239 с.
7. Ролз Дж. Теория справедливости / Дж. Ролз ; пер. з англ О. Мокровольський. – К. : Основи, 2001. – 822 с.

8. Чаричанський О. О. Підстави кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, за Кримінальним кодексом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Чаричанський Олександр Олександрович. – Х., 2004. – 205 с.
9. Якимов О. Вопросы ответственности за легализацию преступных доходов в постановлениях пленумов Верховных судов России и Украины / О. Якимов, С. Якимова // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 61–69.
10. Архів Апеляційного суду м. Севастополя. Справа № 11-27/2006.

ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ НОТАРІУСА ЗА ПОРУШЕННЯ ВИМОГ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ¹

Для запобігання та протидії відмиванню доходів злочинного походження в Україні створено систему фінансового моніторингу. Остання становить собою складну систему відносин, спрямованих на: ведення обліку фінансових операцій, які мають передбачені законом ознаки або є підозрілими, та їх учасників; інформаційний обмін між суб'єктами первинного і державного рівнів; аналіз, опрацювання та узагальнення інформації про фінансові операції; забезпечення режиму обмеженого доступу до такої інформації тощо. Як засвідчує світовий досвід, належне функціонування в країні системи фінансового моніторингу є важливою складовою державного механізму боротьби з легалізацією злочинних доходів і забезпечення міжнародної співпраці у цій сфері.

Згідно з п. 5 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28 листопада 2002 р. у редакції від 18 травня 2010 р. (далі – Закон України від 18 травня 2010 р.) фінансовий моніторинг становить собою сукупність заходів, які здійснюються суб'єктами фінансового моніторингу у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, що включають проведення державного фінансового моніторингу та первинного фінансового моніторингу. За порушення вимог щодо здійснення фінансового моніторингу законодавством України передбачено адміністративну та кримінальну відповідальність.

Так, згідно з ч. 1 ст. 209-1 КК України злочином визнається умисне неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади зі спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу, якщо такі діяння заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. А в ч. 2 зазначеної статті встановлено кримінальну відповідальність за розголошення у будь-якому виді інформації, яка відповідно до закону надається спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади зі спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу, особою, якій ця інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо такі дії заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб.

Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу (далі – Спеціально уповноважений орган або Держфінмоніторинг України) – це Державна служба фінансового моніторингу України, діяльність якої спрямовується і координується КМУ через Міністра фінансів України. Положення про Державну службу фінансового моніторингу України затверджене указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 466/2011. У міжнародно-правових документах та антилегалізаційному законодавстві багатьох зарубіжних країн подібні інституції іменуються підрозділами фінансової розвідки.

Вважається, що суспільна небезпека вказаних діянь визначається тим, що вони порушують: 1) відносини інформаційного обміну між суб'єктами первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом, які сприяють ефективному виконанню цим органом покладених на нього обов'язків із протидії відмиванню злочинних доходів і фінансуванню тероризму; 2) режим обмеженого доступу до певних відомостей, що може створити суттєві перешкоди виявленню фінансових операцій, пов'язаних із легалізацією злочинних доходів і фінансуванням тероризму, і здійсненню кримінального переслідування винних.

Як слушно зазначається у фаховій літературі, саме грошовий слід може стати доказом проти злочинців, і до того ж власне грошові кошти виступають об'єктом для провадження розслідування і порушення справи [1]. Через це, по-перше, Спеціально уповноваженому органу має надаватися повна і достовірна інформація, яка вимагається законодавством або безпосередньо цим органом у межах його повноважень, і, по-друге, стосовно всієї інформації, яка надається зазначеному органу, встановлюється режим обмеженого доступу. Специфіка інформаційних відносин фінансового моніторингу, взятих під охорону за допомогою ст. 209-1 КК України, дозволяє стверджувати, що злочин, передбачений цією статтею, можуть вчинити лише особи, уповноважені надавати Спеціально уповноваженому органу певну інформацію про фінансові операції (ч. 1 ст. 209-1 КК), а також інші особи, яким така інформація стала відомою у зв'язку з їх професійною або службовою діяльністю (ч. 2 ст. 209-1 КК). Це передусім особи, на яких покладено обов'язок здійснювати первинний фінансовий моніторинг.

Перелік осіб, які є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, наводиться в ст. 5 Закону України від 18 травня 2010 р. (це, зокрема, банки та інші фінансові установи, товарні, фондові та інші біржі, професійні учасники ринку цінних паперів, оператори поштового зв'язку, інші установи, які проводять фінансові операції

¹ Стаття написана в співавторстві з Ю.Г. Старовойтовою та опублікована: Довідник нотаріуса. – 2014. – № 4. – С. 41–57.

з переказу коштів, суб'єкти підприємницької діяльності, які надають посередницькі послуги під час здійснення операції з купівлі-продажу нерухомого майна). Виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу забезпечується також адвокатами, нотаріусами, особами, які надають юридичні послуги, аудиторами, аудиторськими фірмами, фізичними особами – підприємцями, які надають послуги з бухгалтерського обліку, якщо зазначені особи беруть участь у підготовці і здійсненні відповідного правочину.

Зауважимо, що такий здійснений у травні 2010 р. законодавчий крок, як віднесення до суб'єктів первинного фінансового моніторингу у тому числі нотаріусів, попри критику цієї новели [2] загалом узгоджується з вимогами міжнародно-правових документів щодо боротьби з легалізацією злочинних доходів. Так, п. d рекомендації 12 Сорока рекомендацій FATF наголошує на необхідності покладання на юристів, нотаріусів, інших незалежних професіоналів у правовій сфері, бухгалтерів, коли вони надають допомогу у плануванні або здійсненні фінансових операцій для свого клієнта, обов'язку дотримуватися певних правил обачності щодо клієнтів.

Ст. 5 Закону України від 18 травня 2010 р. відносить нотаріусів до числа спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу. Це, зокрема, означає, що нотаріуси здійснюють такі заходи одноособово (без утворення юридичної особи) і, на відміну від інших суб'єктів первинного фінансового моніторингу, не встановлюють правила і не розробляють програми проведення фінансового моніторингу, не призначають працівників, відповідальних за цей напрям своєї діяльності. З огляду на сказане, актуальними вважаємо питання дотримання нотаріусами законодавчих вимог щодо здійснення фінансового моніторингу і відповідальності (включаючи кримінальну) за порушення таких вимог. Слід, щоправда, констатувати, що на сьогодні усталеної практики застосування ст. 209-1 КК України і, зокрема, щодо нотаріусів не існує. Недослідженими в юридичній літературі залишаються й особливості кримінальної відповідальності нотаріусів за передбачене ст. 209-1 КК умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

У контексті нашого дослідження варто відзначити, що питома вага повідомлень про фінансові операції, які нотаріуси надсилають до Держфінмоніторингу України, не є значною. Так, у 2012 р. нотаріусами було надіслано до зазначеного органу 637 повідомлень про фінансові операції, що становить 2,02 % від усіх повідомлень, які надійшли від небанківського сектору [3]. У 2011 р. таких повідомлень було значно більше – 1172, що становило 3,62 % від усіх повідомлень від небанківського сектору [4]. Вочевидь, це можна пояснити специфічним статусом нотаріусів у системі суб'єктів первинного фінансового моніторингу, адже порівняно з тими ж банківськими установами – так би мовити, лідерами з надсилання відповідних повідомлень кількість фінансових операцій, які здійснюються за допомогою нотаріусів і підлягають фінансовому моніторингу, є значно меншою.

Ч. 1 ст. 209-1 КК України пов'язує настання кримінальної відповідальності з фактом неподання, несвоєчасного подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, які підлягають фінансовому моніторингу. З урахуванням ст. 6 Закону України від 18 квітня 2010 р. нотаріуси зобов'язані надавати Спеціально уповноваженому органу таку інформацію про фінансові операції: 1) інформацію про фінансові операції, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, – у день виникнення підозр, але не пізніше ніж через десять робочих днів з дня реєстрації таких операцій або спроби їх проведення; 2) інформацію про виявлені фінансові операції, стосовно яких є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму, – в день їх виявлення або спроби їх проведення.

Невичерпний перелік фінансових операцій, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, наводиться в ст. 16 Закону від 18 травня 2010 р. Зазначені операції повинні мати одну або більше таких ознак: 1) заплутаний або незвичний характер фінансової операції чи сукупності пов'язаних між собою фінансових операцій, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети; 2) невідповідність фінансової операції діяльності клієнта; 3) виявлення фактів неодноразового здійснення операцій, характер яких дає підстави вважати, що метою їх здійснення є уникнення процедур обов'язкового фінансового моніторингу або ідентифікації клієнта.

Внутрішній фінансовий моніторинг може здійснюватись і щодо інших фінансових операцій, коли у суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникають підстави вважати, що фінансова операція проводиться з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму. Взагалі виявлення фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, у тому числі тих, які можуть бути пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму, здійснюється суб'єктом первинного фінансового моніторингу (нотаріусом включно) на підставі: 1) ознак операцій, які відповідно до Закону України від 18 травня 2010 р. підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу; 2) типологій міжнародних організацій, що здійснюють діяльність у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, опублікованих на офіційних веб-сайтах Держфінмоніторингу та Міністерства юстиції України; 3) критеріїв ризику, визначених Держфінмоніторингом [5]; 4) рекомендацій Міністерства юстиції України [6].

Здійснивши ідентифікацію та оцінивши всі можливі критерії ризику легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, нотаріус з'ясовує, чи є певна фінансова операція такою, що підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу [7]. Для ефективного виконання нотаріусами повноважень спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу доцільно було б на законодавчому рівні врегулювати питання надання відповідними органами документів, що підтверджували б наявність достатньої фінансової діяльності клієнта, а також підтверджували фінансовий стан клієнта незалежно від того, є він фізичною або юридичною особою [8].

Крім того, у випадку отримання від Держфінмоніторингу України повідомлення про некоректне (неправильне) заповнення полів у повідомленні про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, нотаріус зобов'язаний подати протягом трьох робочих днів належним чином оформлене повідомлення про цю фінансову операцію. На запит Держфінмоніторингу України нотаріус також зобов'язаний надати додаткову інформацію з приводу фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу, копії первинних документів, на підставі яких були проведені такі операції та пов'язані з ними фінансові операції, відомості про їх учасників, а так само іншу інформацію (зокрема ту, що становить банківську або комерційну таємницю, таємницю страхування), копії документів, необхідні для виконання покладених на Держфінмоніторинг України завдань. Це має бути зроблено протягом п'яти робочих днів з дати надходження відповідного запиту.

Закон України від 18 травня 2010 р. не зобов'язує нотаріусів здійснювати обов'язковий фінансовий моніторинг і сповіщати Спеціально уповноважений орган про фінансові операції, які підлягають такому моніторингу. На цю обставину, яка впливає зі змісту ст. 5 і ст. 6 зазначеного Закону, слушно звертається увага в юридичній літературі [9]. Міністерство юстиції України також констатує, що обсяг обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу у нотаріуса є меншим порівняно з іншими суб'єктами такого моніторингу [7]. У листі Держфінмоніторингу України від 25 серпня 2011 р. з цього приводу справедливо роз'яснюється, що для нотаріусів як для спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу не встановлено обов'язку реєструвати та повідомляти Держфінмоніторинг України про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, а тому вимоги ст. 15 Закону України від 18 травня 2010 р. «Фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу» не поширюються на спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу, у тому числі на нотаріусів [10]. Отже, хоч інформація про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, і є предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК, вести мову про кримінальну відповідальність нотаріуса за неподання, несвоєчасне подання або перекручення такої інформації недоречно.

Немає підстав поширювально тлумачити диспозицію ч. 1 ст. 209-1 КК України і в іншій частині визначення предмета злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою. У ній цей предмет позначений як «інформація про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу». Звідси, на нашу думку, впливає, що не може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 209-1 КК умисне неподання, несвоєчасне подання або перекручення додаткової інформації щодо фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу, копій первинних документів, на підставі яких були проведені такі та пов'язані з ними фінансові операції, відомостей про їх учасників, копій документів, необхідних для виконання покладених на Держфінмоніторинг завдань (зокрема, у сфері міжнародної співпраці).

Зроблений висновок підтверджується зверненням до ст. 166-9 КпАП, відповідно до якої ненадання, несвоєчасне надання такої інформації, як і неповідомлення Спеціально уповноваженому органу про зупинення проведення фінансової операції, якщо її учасником (вигодоодержувачем) є особа, яку включено до переліку осіб, пов'язаних із здійсненням терористичної діяльності або щодо яких застосовані міжнародні санкції, визнається не злочином, а адміністративним проступком.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України від 18 травня 2010 р. спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу (у тому числі нотаріуси) забезпечують виконання відповідних обов'язків, якщо вони беруть участь у підготовці і здійсненні правочину щодо: купівлі-продажу нерухомості; управління активами клієнта; управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними; утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб. Треба так розуміти, що виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу має забезпечуватись нотаріусами, якщо вони беруть участь у підготовці і здійсненні будь-якого із вказаних правочинів. Однак при цьому (сказане не стосується ситуації, описаної в ч. 6 ст. 8 Закону України від 18 травня 2010 р.) нотаріус зобов'язаний виконувати інші (крім подання інформації Держфінмоніторингу) обов'язки, передбачені для спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу (ідентифікація клієнтів, реєстрація фінансових операцій, зберігання документів тощо) [11].

У ч. 6 ст. 8 Закону України від 18 травня 2010 р. закріплено, що нотаріуси як суб'єкти первинного фінансового моніторингу не повідомляють Спеціально уповноважений орган про свої підозри щодо фінансових

операцій у разі, якщо відповідна інформація стала їм відома за обставин, що є предметом таємниці вчинюваних нотаріальних дій. Це, однак, не стосується випадків посвідчення договорів купівлі-продажу нерухомого майна за умови, що сума такої операції дорівнює чи перевищує 400 тис. грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 400 тис. грн. Виходить, що лише за такими договорами можна розголосити нотаріальну таємницю.

Таким чином, предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1 КК України, якщо його суб'єктом є нотаріус, обмежується інформацією про договори купівлі-продажу нерухомого майна, якщо сума такої операції дорівнює чи перевищує 400 тис. грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 400 тис. грн., – якщо при засвідченні такого договору у нотаріуса є достатні підстави підозрювати, що укладання цього договору пов'язане з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму.

Наголошуємо на виникненні в нотаріуса такої підозри, без якої він не зобов'язаний повідомляти Спеціально уповноважений орган про договір купівлі-продажу нерухомого майна, оскільки інколи зустрічається помилкова, на наш погляд, думка про те, що «будь-яка операція з нерухомістю викличе підозру, якщо вона перевищує встановлений ліміт – 400 тис. грн.» [12]. Натомість має рацію О.В. Коротюк, яка пише, що посвідчення нотаріусом будь-якого правочину, навіть на суму, більшу ніж 400 тис. грн., не тягне виникнення у нього обов'язку щодо подання інформації про такий правочин уповноваженому органу, якщо, на думку нотаріуса, така операція не викликає підозр [13].

Такої ж позиції дотримується Держфінмоніторинг України, роз'яснюючи, що сам по собі факт посвідчення нотаріусом договору купівлі-продажу нерухомого майна за умови, що сума такої операції дорівнює чи перевищує 400 тис. грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 400 тис. грн., не є безпосередньою підставою для повідомлення Спеціально уповноваженому органу про зазначену фінансову операцію як таку, що пов'язана з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму [10; 14].

Принагідно зауважимо, що вся інформація, яка отримується нотаріусом під час вчинення нотаріальних дій, має особливий правовий статус. Відповідно до ч. 1 та ч. 2 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. у редакції від 6 вересня 2012 р. нотаріальна таємниця – це сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо. Нотаріус і помічник нотаріуса зобов'язані зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо їх діяльність обмежується наданням правової допомоги чи ознайомленням з документами, і нотаріальна дія не вчинялась.

Звертає на себе увагу певна неузгодженість приписів регулятивного законодавства щодо надання Спеціально уповноваженому органу інформації, яка становить нотаріальну таємницю. Так, у ст. 12 Закону України від 18 травня 2010 р. подання інформації суб'єктом первинного фінансового моніторингу Спеціально уповноваженому органу в установленому порядку не є порушенням професійної таємниці, таємниці страхування, банківської або комерційної таємниці. Утім, у чинній редакції Закону України «Про нотаріат» немає жодної згадки про обов'язок нотаріуса надавати будь-які відомості, що складають нотаріальну таємницю, Спеціально уповноваженому органу. Виходить, що у своїй діяльності нотаріуси як спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу мають керуватися передусім нормами антилегалізаційного законодавства.

Неподання інформації з погляду відповідальності за ч. 1 ст. 209-1 КК України означає, що особа, володіючи потрібною інформацією і маючи змогу виконати покладений на неї обов'язок, умисно цього не робить. Склад розглядуваного злочину потрібно вбачати як у випадку, коли особа відкрито відмовляється виконати вимогу закону, так і тоді, коли вона фактично не подає до Спеціально уповноваженого органу належну інформацію, а також у тому разі, коли надається лише частина інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу.

Ст. 1 Закону України від 18 травня 2010 р. до неподання інформації про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, відносить і повторне подання неналежним чином оформленого повідомлення про таку фінансову операцію, яке не взято на облік Спеціально уповноваженим органом. Інакше кажучи, законодавець пов'язує факт неподання інформації про фінансову операцію з відсутністю відповідного повідомлення на обліку в зазначеному органі. Під повторним поданням неналежним чином оформленого повідомлення розуміється послідовне подання суб'єктом первинного фінансового моніторингу трьох неналежним чином оформлених повідомлень про одну і ту саму фінансову операцію.

Повідомлення про фінансову операцію суб'єкт первинного фінансового моніторингу надсилає Спеціально уповноваженому органу в електронному вигляді, а у випадку несистематичного надсилання (протягом одного календарного року не більш як про чотири зареєстровані фінансові операції) – на паперових носіях. Належним чином оформлене повідомлення про фінансову операцію повинне містити відомості, зокрема, про особу, яка здійснює фінансову операцію, та особу, від імені або за дорученням якої здійснюється така операція, її вид, суму, валюту, в якій здійснюється фінансова операція, підстави для її здійснення, ознаки, за

якими операція підлягає фінансовому моніторингу. Повідомлення про фінансову операцію складається з інформації про суб'єкта первинного фінансового моніторингу (його відокремлений підрозділ), який надсилає повідомлення, та інформації про фінансову операцію, що внесена до реєстру.

При цьому слід враховувати, що згідно з Порядком взяття на облік суб'єктів первинного фінансового моніторингу, реєстрації ними фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, і подання Державній службі фінансового моніторингу інформації про зазначені та інші фінансові операції, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, затвердженим постановою КМУ від 25 серпня 2010 р. № 747, спеціально визначені суб'єкти (до них, як уже зазначалось, належать і нотаріуси) мають право надсилати повідомлення про фінансові операції на паперових носіях незалежно від їх кількості.

Якщо з будь-яких причин суб'єкт не отримав від Держфінмоніторингу протягом десяти робочих днів з дати надходження повідомлення про вручення поштового відправлення або протягом двох робочих днів з дати відправлення повідомлення про фінансову операцію в електронному вигляді повідомлення про взяття (відмову у взятті) на облік надіслані інформації, такий суб'єкт звертається до Держфінмоніторингу для з'ясування причини неотримання відповідного повідомлення. У разі отримання від Держфінмоніторингу повідомлення про відмову у взятті на облік суб'єкт зобов'язаний протягом трьох робочих днів з дати його надходження подати Держфінмоніторингу належним чином оформлене повідомлення про фінансову операцію. У разі подання Держфінмоніторингу трьох неналежним чином оформлених повідомлень про одну і ту саму фінансову операцію інформація про таку фінансову операцію вважається неподаною.

Інформація про фінансову операцію береться на облік Спеціально уповноваженим органом після підтвердження того, що повідомлення про таку фінансову операцію оформлене та подане належним чином, але не пізніше наступного робочого дня після надходження такої інформації в електронному вигляді, а у разі надходження інформації на паперових носіях – в день її внесення до Єдиної інформаційної системи. Після взяття на облік інформації про фінансову операцію Держфінмоніторинг протягом трьох робочих днів повідомляє про це суб'єкта, який подав таку інформацію. Таким чином, у будь-якому разі суб'єкти первинного фінансового моніторингу отримують повідомлення від Спеціально уповноваженого органа або про взяття на облік фінансової операції, або про відмову про взяття її на облік.

Виходячи з викладеного, неподання нотаріусом Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансову операцію наявне як у випадку фактичного неподання зазначеному органу необхідної інформації, так і у випадку подання повідомлення з порушенням установлених вимог, через що Держфінмоніторинг не може взяти його на облік.

Несвоєчасне подання інформації з погляду кваліфікації за ч. 1 ст. 209-1 КК означає подання її з порушенням встановлених законодавством термінів, а подання недостовірної інформації – подання Спеціально уповноваженому органу неправдивих відомостей, тобто відомостей, які повністю або частково не відповідають дійсності і здатні ввести адресата в оману (наприклад, стосовно характеру та суб'єктного складу проведеної фінансової операції).

Виникнення в нотаріуса як суб'єкта первинного фінансового моніторингу обов'язку інформувати Спеціально уповноважений орган про ту чи іншу фінансову операцію законодавець пов'язує не тільки з виникненням відповідних підозр, а і з моментом реєстрації відповідної операції. Постає питання: як кваліфікувати дії особи, якщо вона умисно не зареєструвала фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу, та, відповідно, не повідомила Спеціально уповноважений орган про неї? Якщо при вирішенні цього питання керуватись положеннями Закону від 18 травня 2010 р., тлумачачи їх на користь зазначеної особи, можна стверджувати, що розглядувана поведінка не утворює складу умисного неподання інформації про фінансову операцію, що підлягає фінансовому моніторингу. Адже така операція не була зареєстрована, а злочинне неподання інформації повинне мати місце після спливу десяти робочих днів після реєстрації відповідної фінансової операції [15]. Очевидно, що така юридична оцінка не відповідає суспільній небезпеці цього діяння, на яку факт реєстрації фінансової операції впливати не повинен.

До речі, якщо суб'єкт первинного фінансового моніторингу має достатні підстави підозрювати, що фінансові операції пов'язані, стосуються або призначені для фінансування терористичної діяльності, терористичних актів чи терористичних організацій та організацій або осіб, до яких застосовані міжнародні санкції, він зобов'язаний невідкладно повідомити в день виникнення підозр про такі фінансові операції у тому числі Спеціально уповноважений орган (ч. 8 ст. 12 Закону України від 18 травня 2010 р.). У цьому разі здійснення фінансової операції, а не її реєстрація цілком доречно виступає тією обставиною, яка зумовлює виникнення відносин інформаційного обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом.

З точки зору кваліфікації за ч. 2 ст. 209-1 КК інформація може стосуватись не лише фінансових операцій, які стали об'єктом фінансового моніторингу. Це може бути будь-яка інформація, надана Спеціально уповноваженому органу і необхідна йому для виконання покладених на нього завдань (наприклад, інформація, яка

пов'язана з проведенням аналізу фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу та яка отримана від підприємств, установ, організацій, що не є суб'єктами первинного фінансового моніторингу).

Відповідно до ч. 6 ст. 12 Закону від 18 травня 2010 р. працівникам суб'єкта первинного фінансового моніторингу, які подали Спеціально уповноваженому органу інформацію про фінансову операцію, забороняється повідомляти про це осіб, які брали (беруть) участь у її проведенні, та будь-яких третіх осіб. Хоч нотаріус виконує обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу одноособово і відповідних працівників не призначає, вказана заборона, вочевидь, поширюється і на нього.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що з об'єктивної сторони злочин, передбачений ч. 2 ст. 209-1 КК, виражається у незаконному доведенні до відома будь-яких осіб (зокрема, тих, стосовно кого проводиться перевірка) і відомостей про факт надання інформації Спеціально уповноваженому органу [16]. Вважаємо наведену точку зору поширювальним тлумаченням кримінального закону. На наш погляд, незаконне розголошення не самого змісту інформації, наданої Спеціально уповноваженому органу, а лише факту надання такої інформації має тягнути за собою не кримінальну (ч. 2 ст. 209-1 КК), а адміністративну відповідальність (ч. 3 ст. 166-9 КпАП). Виходимо при цьому з таких міркувань.

По-перше, ст. 6 Закону України від 18 травня 2010 р., закріплюючи обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу, розрізняє, з одного боку, інформацію, яка надається Спеціально уповноваженому органу (саме такий зворот використовується у ч. 2 ст. 209-1 КК для позначення предмета злочину, передбаченого цією нормою), та, з іншого боку, іншу інформацію з питань фінансового моніторингу (у тому числі про факт подання такої інформації). Здійснюючи кваліфікацію вчиненого за розглядуваною кримінально-правовою нормою, навряд чи можна ігнорувати цю різницю.

По-друге, предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1 КК, є інформація, надання якої Спеціально уповноваженому органу здійснюється відповідно до законодавства України чи міжнародних угод, учасником яких є Україна (інформація про фінансові операції, яка надходить від суб'єктів первинного фінансового моніторингу, інформація про хід і результати опрацювання узагальнених матеріалів, яка надсилається правоохоронними органами, тощо). Цілком очевидно, що відомості про сам по собі факт подання інформації Спеціально уповноваженому органу останньому не надаються (для чого?).

По-третє, розголошення не самого змісту інформації, яка була надана Спеціально уповноваженому органу, а лише факту такого інформування, з огляду на пряму вказівку законодавця, тягне на сьогодні адміністративну відповідальність. У ч. 3 ст. 166-9 КпАП чітко розмежовано два види розголошення певної інформації (розголошення інформації, що є об'єктом обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом, або факту подання (одержання) такої інформації) у той час, як у ч. 2 ст. 209-1 КК йдеться лише про один вид розголошення.

Нарешті, по-четверте, при вирішенні аналізованої кримінально-правової проблеми має ставати у нагоді закріплене у ч. 3 ст. 63 Конституції України правило «тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого», оскільки воно, на наше переконання, носить комплексний (матеріально-процесуальний) характер і дозволяє враховувати специфіку вирішення подібних до розглядуваного питань матеріального права у випадку неоднозначності положень КК і регулятивного законодавства, до якого відсилають бланкетні диспозиції.

Водночас зрозуміло, що особа, яка займається відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, будучи обізнаною про те, що певна інформація стосовно неї або здійсненої нею фінансової операції була надіслана Спеціально уповноваженому органу, намагатиметься діяти у такий спосіб, щоб не допустити викриття своїх злочинних дій. Оскільки розголошення як такого факту інформування Спеціально уповноваженого органу спроможне знівелювати механізм фінансового моніторингу у конкретній ситуації, а отже, є суспільно небезпечною поведінкою, її сьогоднішня законодавча оцінка як адміністративного проступку є неадекватною суспільній небезпеці такої поведінки. Криміналізація розголошення факту подання відповідної інформації видається доцільною і через потребу захисту ділової репутації суб'єктів господарської діяльності, які є учасниками фінансових операцій.

Розголошення інформації означає, що особа, якій відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, ознайомлює з нею сторонніх осіб або своєю поведінкою створює умови, які надають можливість стороннім особам ознайомитися з інформацією, яка подається Спеціально уповноваженому органу. Положення про розголошення у будь-якому виді означає, що способи розголошення інформації (усно, письмово, із застосуванням засобів зв'язку, передача документів, повідомлення у ЗМІ, наукових статтях, виступах тощо) можуть бути різними і на кваліфікацію за ч. 2 ст. 209-1 КК не впливають.

Притягнення винної особи до відповідальності за ч. 1 або ч. 2 ст. 209-1 КК України можливе лише за умови спричинення істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. Під такою істотною шкодою (оціночне поняття) може розумітися, наприклад, невикриття особи, яка вчинила відмивання доходів, одержаних

злочинним шляхом, або фінансування тероризму. Цілком очевидно, що оціночний характер розглядуваної ознаки може викликати зловживання у правозастосуванні та знизити ефективність відповідних кримінально-правових заборон, що ми і спостерігаємо на сьогодні. Так, протягом 2013 р. за ст. 209-1 КК України не було засуджено жодної особи. Якщо діяння, передбачене ч. 1 або ч. 2 ст. 209-1 КК, не заподіяло істотну шкоду, вчинене має розцінюватись як адміністративний проступок (ч. 1 і ч. 3 ст. 166-9 КпАП). Притягнення нотаріуса до кримінальної або адміністративної відповідальності не виключає застосування щодо нього фінансових санкцій (штрафів) за невиконання (неналежне виконання) вимог антилегалізаційного законодавства (див. п. 12 Порядку розгляду справ про порушення вимог законодавства, що регулює діяльність у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та застосування санкцій, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 29 вересня 2010 р. № 2340/5).

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого 209-1 КК, характеризується умислом. Зокрема, з назви ст. 209-1 КК однозначно випливає, що законодавець розглядає діяння, передбачені ч. 1 і ч. 2 цієї статті, як різновиди умисного порушення вимог антилегалізаційного законодавства.

Викладене дозволяє зробити висновок про те, що ст. 209-1 КК України може застосовуватися до нотаріусів як спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу лише у випадку: 1) неподання, несвоєчасного подання або подання недостовірної інформації про договір купівлі-продажу нерухомого майна за умови, що сума такої операції дорівнює чи перевищує 400 тис. грн. або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, еквівалентну 400 тис. грн., – якщо при засвідченні такого правочину у нотаріуса є достатні підстави підозрювати, що цей правочин пов'язаний з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, та якщо таке діяння заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб; 2) розголошення нотаріусом інформації, яка надається Спеціально уповноваженому органу, якщо таке діяння заподіяло істотну шкоду вказаним правам, свободам чи інтересам.

Насамкінець зазначимо, що через низку причин (передусім законодавчого характеру), висвітлених вище, за порушення нотаріусом нормативних вимог щодо здійснення фінансового моніторингу на сьогодні більш ймовірним є настання не кримінальної, а адміністративної та (або) фінансової відповідальності.

1. Фитуни Л.Л. Финансовый мониторинг: учеб.-метод. пособие / под. ред. А.Т. Никитина, С.А. Степанова. – М.: Изд-во МНЭПУ, 2002. – С. 20.
2. Гетманцев Д. Вся країна – під ковпаком // Дзеркало тижня. – 22 травня 2010 р. – № 19; Юрченко В. Мета, завдання та функції нотаріату в умовах реформування юстиції України // Український часопис міжнародного права. – 2013. – № 1. – С. 134.
3. Звіт Державної служби фінансового моніторингу за 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2013/20130226/2012%20_21_02_2013.pdf.
4. Звіт Державної служби фінансового моніторингу за 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2012/06.02.2012/ZVIT%202011_1.pdf.
5. Критерії ризику легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму затверджені наказом Держфінмоніторингу України від 3 серпня 2010 р. № 126.
6. П. 5.1 розділу V Положення про здійснення фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, державне регулювання та нагляд за діяльністю яких здійснює Міністерство юстиції України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 29 вересня 2010 р. № 2339/5.
7. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 26 вересня 2012 р. «Нотаріуси як спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0033323-12>.
8. Нечипорук С. Нотаріуси як спеціально визначені суб'єкти первинного фінансового моніторингу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yuradnik.com.ua/stride/men/?m=archive&y=2012&mag=90&art=2061>; Бурдонова О.Ю. Особливості правового статусу спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». Том 26 (65). – 2013. – № 1. – с. 364.
9. Карнаух Т. Фінансовий моніторинг крізь призму юридичних послуг // Юридичний вісник України. – 21–27 серпня 2010 р. – № 34.
10. Запитання-відповіді: Для спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу: Виявлення, реєстрація та подання фінансових операцій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/articles.php?cat_id=300&art_id=5157&lang=uk.

11. Нотіаріусам, як суб'єктам первинного фінмоніторингу, роз'яснили обов'язки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/44352-notariusam_yak_subektam_pervinnogo_finmonitoringu_rozjasnil.html.
12. Аксаковська В. Пильнують усі! // Дзеркало тижня. – 11 вересня 2010 р. – № 33.
13. Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 8, 13.
14. Лист Державної служби фінансового моніторингу України від 2 серпня 2013 р. № 3028/0340-07-03 «Щодо надання рекомендацій» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dt-kt.com/schodo-nadannya-rekomendatsij-lyst-vid-02-08-2013-r-30280340-07-3>.
15. Іншої точки зору дотримується Держфінмоніторинг, який, посилаючись на пп. «б» п. 6 ч. 2 ст. 6 Закону України від 18 травня 2010 р., роз'яснює, що інформація подається до Держфінмоніторингу у випадку наявності достатніх підстав підозрювати, що фінансова операція пов'язана з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом (див.: Лист Державної служби фінансового моніторингу України від 2 серпня 2013 р. № 3028/0340-07-03 «Щодо надання рекомендацій» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dt-kt.com/schodo-nadannya-rekomendatsij-lyst-vid-02-08-2013-r-30280340-07-3>).
16. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – С. 669.

ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ УЗГОДЖЕННЯ ПОДАТКОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ¹

Диспозиція ст. 212 Кримінального кодексу України (далі – КК) носить описово-бланкетний характер: з одного боку, вона вказує на суб'єкта злочину, форму вини і суспільно небезпечні наслідки, з іншого – робить необхідним звернення до чинного податкового законодавства. Останнє, визначаючи правила поведінки учасників податкових правовідносин, закріплює коло обов'язкових платежів, що входять у податкову систему, встановлює платників, їх обов'язки, строки і механізм виконання (сплати) податкових зобов'язань, ставки і пільги щодо податків і зборів, що, своєю чергою, значною мірою визначає специфіку поведінки, яка становить собою злочинне ухилення від сплати податкових внесків. Відсутність звернення до норм податкового законодавства унеможливорює застосування ст. 212 КК, що підтверджує частково бланкетний характер її диспозиції, засвідчує, що передбачене цією статтею посягання на систему оподаткування є злочином із змішаною (кримінально-правовою та податково-правовою) протиправністю. Як слушно зазначається в літературі, зміст і динаміка правозастосування за ст. 212 КК прямо пов'язані зі змінами, що безперервно відбуваються в податковому, фінансовому та інших галузях законодавства [1, с. 135]. Одним із дискусійних і при цьому пов'язаних із бланкетністю аспектів кримінально-правової характеристики ухилення від сплати податків і зборів є значення узгодження податкових зобов'язань. Теоретиками і практиками висловлюються діаметрально протилежні судження з питання про вплив цієї врегульованої Податковим кодексом України (далі – ПК) процедури, яка є складовою адміністрування податкових внесків, на наявність складу злочину, передбаченого ст. 212 КК. Така ситуація, негативно відбиваючись на застосуванні цієї кримінально-правової заборони і, відповідно, на охороні системи оподаткування України, є вкрай небажаною, а тому потребує усунення в законодавчому порядку.

З метою розв'язання позначеної проблеми в Україні в різний час було розроблено два законопроекти – «Про внесення змін до ст. 212 Кримінального кодексу України (щодо конкретизації ознак складу злочину)» (реєстр. № 4230 від 18 березня 2009 р., вносився народним депутатом України Ю.В. Новіковою; далі – законопроект № 1) і «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей кримінального провадження в податкових відносинах та питань адміністрування податків і зборів» (реєстр. № 3448 від 10 листопада 2015 р., внесений народними депутатами України А.В. Журжієм, Н.П. Южаніною та ін.; далі – законопроект № 2). Останній документ був підготовлений на виконання положення Коаліційної угоди у Верховній Раді України (далі – ВРУ) VIII скликання від 21 листопада 2014 р. про заборону на законодавчому рівні кримінального переслідування особи за ухилення від сплати податків до остаточного узгодження податкових зобов'язань (пп. 3.5.6 п. 3. Податкова реформа. Розділ IX. Регуляторна політика, розвиток підприємництва та забезпечення умов конкуренції). Очікується, що такий крок матиме істотний позитивний вплив на зниження ризику кримінального переслідування добросовісних платників податків, які зможуть повною мірою скористатись наданими їм законом правами захистити свою позицію в адміністративному суді перш, ніж до них будуть застосовані заходи кримінального провадження [2]. Метою пропонованої статті є висунення авторського варіанту розв'язання поставленої проблеми на основі з'ясування суті узгодження податкових зобов'язань та аналізу існуючих у доктрині і на практиці підходів з питання про кримінально-правове значення вказаного узгодження як складової адміністрування податкових внесків.

Виклад основного матеріалу. Суть першого (умовно кажучи, адвокатського) підходу полягає в тому, що суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», позначені в ст. 212 КК як фактичне ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних, великих або особливо великих розмірах, ототожнюються (за винятком, треба так розуміти, штрафних санкцій і пені) з податковим боргом. Поняттям останнього відповідно до пп. 14.1.175 п. 14.1 ст. 14 ПК охоплюється сума узгодженого грошового зобов'язання, не сплачена платником податків у встановлений ПК строк. Викладений підхід виходить з належності ухилення від сплати податків і зборів до злочинів із матеріальним складом і того, що ПК (а раніше Закон України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами»; далі – Закон № 2181-III), регламентуючи узгодження податкових зобов'язань, встановлює обов'язковість сплати лише узгоджених податкових зобов'язань.

Такий підхід (щоправда, не зовсім чітко) знайшов відображення в постанові Пленуму Верховного Суду України від 18 жовтня 2010 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» (далі – постанова Пленуму ВСУ): в абз. 1 її п. 15 роз'яснюється, що злочин, передбачений ст. 212 КК, за загальним правилом, повинен визнаватись закінченим з моменту фактичного ненадходження коштів, які мали бути сплачені в строки і розмірах, передбачених податковим законодавством, тобто сум узгоджених податкових зобов'язань.

¹ Стаття опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – Вип. № 3. – С. 28–49

Таким чином, йдеться про те, що відсутність узгодженого податкового зобов'язання означає відсутність суспільно небезпечних наслідків у вигляді фактичного ненадходження коштів до належного адресата, а отже, відсутність складу злочину, передбаченого ст. 212 КК. У межах викладеного підходу, крім усього іншого, наголошується на доцільності активного використання для захисту інтересів платників податкових внесків ст. 56 ПК, згідно з якою: рішення контролюючого органу про визначення суми грошового зобов'язання може бути оскаржене в адміністративному або судовому порядку; до моменту закінчення того чи іншого оскарження грошове зобов'язання не може вважатись узгодженим [3; 4, с. 180; 5, с. 62; 6, с. 30; 7; 8; 9]. Преюдиціальним для слідчого з точки зору встановлення об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, повинне стати остаточне рішення фіскального органу, винесене в межах адміністративного оскарження, або постанова адміністративного суду, яка набрала законної сили та якою встановлено неправильність сплати платником податків і зборів [10, с. 101].

Інколи можна прочитати навіть про те, що в платника податків для сплати додатково визначених податкових зобов'язань є 10 днів з моменту набуття законної сили постановою (ухвалою) апеляційного адміністративного суду, якою залишено в силі податкове повідомлення-рішення, і тільки в разі несплати коштів протягом зазначеного строку мова може йти про фактичне ненадходження коштів до бюджету як ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 212 КК. Стверджується, що процедура адміністративного, а потім судового оскарження податкового повідомлення-рішення може тривати до одного року, і в результаті платник податків може або домогтися скасування цього рішення, або (у гіршому випадку) отримати додатковий час для акумулювання коштів, щоб погасити податкове зобов'язання, яке набуло статусу узгодженого протягом 10 календарних днів з моменту набуття ним такого статусу, для уникнення кримінальної відповідальності [11].

На мій погляд, такий «ліберальний» підхід, який фактично зводить нанівець роль кримінального закону як засобу охорони системи оподаткування, не бере до уваги ту обставину, що держава не спроможна забезпечити своєчасну сплату податкових внесків у повному обсязі лише за допомогою методу переконання, а система оподаткування не здатна ефективно працювати без інституту відповідальності і, зокрема, без належної кримінально-правової охорони. Відносини, які складаються між державою і платником з приводу сплати податків і зборів, споконвіку, за своєю природою, є конфліктними, у зв'язку з чим потребують правового регулювання, механізм якого в обов'язковому порядку має включати відповідні санкції. Зарубіжний та власний історичний досвід переконливо засвідчує, що примушування до виконання положень законодавства саме під загрозою кримінальної відповідальності є вагомим стимулом для платників податків в аспекті дотримання ними фіскальної дисципліни.

З метою законодавчої реалізації «адвокатського» підходу був розроблений законопроект № 1, яким зворот «умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», використаний у чинній редакції ч. 1 ст. 212 КК, пропонувалось замінити словосполученням «умисне ухилення від сплати узгодженого податкового зобов'язання платника податку щодо податків, зборів (обов'язкових платежів)». В обґрунтування такої новели в пояснювальній записці до законопроекту зазначалось, що до моменту закінчення процедури узгодження податкового зобов'язання не може підлягати кримінальній відповідальності за ухилення від сплати податків особа, якій податкове зобов'язання донараховане податковим органом, але яка не погоджується з правомірністю такого донарахування та оскаржує його в адміністративному або судовому порядку, як це і передбачено Законом № 2181-III. Ознакою складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, називалась фактична несплата платником саме узгоджених сум податкових зобов'язань. Законопроект № 1, однак, ухвалений не був, оскільки зазнав серйозної критики з боку експертів і правозастосовних органів (частково відповідні критичні міркування наводитимуться нижче).

Нову спробу законодавчо «прив'язати» наявність складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, до процедури узгодження податкових зобов'язань уособлює законопроект № 2, яким ч. 1 примітки ст. 212 КК пропонується викласти в такій редакції: «Під фактичним ненадходженням до бюджетів чи державних цільових фондів коштів розуміється несплата узгоджених грошових зобов'язань у встановлені законом строки».

Одразу хотів би зауважити, що згідно з ПК як загальнодержавні, так і місцеві податки і збори зараховуються лише до відповідних бюджетів. У зв'язку з цим збереження в ст. 212 КК України вказівки на ненадходження коштів до державних цільових фондів свідчитиме про неузгодженість кримінального і регулятивного (податкового) законодавства. Проте це, так би мовити, побічне зауваження.

Як зазначено в пояснювальній записці до законопроекту № 2, пропонується новела покликана не допустити кримінальне переслідування за ст. 212 КК у разі виявлення факту неузгодження грошових зобов'язань платників податків в адміністративному чи судовому порядку. Адже на практиці найчастіше зустрічаються випадки донарахування податкових зобов'язань в результаті звичайних податкових перевірок, коли оскарження таких донарахувань триває, а тому узгодження податкових зобов'язань відсутнє. Виявляється, що протягом 2015 р. у 85 % випадків внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинення злочинів, передбачених ст. 212 КК, приймалось рішення про закриття кримінальних проваджень за відсутністю події

та (або) складу кримінального правопорушення. Розробники законопроекту № 2, справедливо занепокоєні збільшенням кількості випадків безпідставного перешкоджання нормальній фінансово-господарській діяльності платників податків з боку правоохоронних органів і неправомірним тиском на комерційні структури, здійснюваним податковою міліцією, ставлять риторичне, на їхню думку, питання: про яке фактичне ненадходження коштів до бюджету може бути мова, якщо суд визнає, що платити нічого не потрібно?

Як бачимо, наведене обґрунтування нічим не відрізняється від того, що містилось в пояснювальній записці до законопроекту № 1. При цьому розробники законопроекту № 2 навіть не спробували спростувати критичні міркування, які свого часу були висловлені фахівцями на адресу законопроекту № 1 та які уособлюють інший (умовно кажучи, обвинувальний) підхід з питання про кримінально-правове значення узгодження податкових зобов'язань.

Суть цього підходу зводиться до того, що суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, мають розцінюватись не як податковий борг у розумінні ПК, а як заподіяна злочином шкода. Її характер і розмір (поряд з іншими ознаками складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», включаючи умисел, спрямований на порушення вимог податкового законодавства) підлягають встановленню в межах не адміністрування податків і зборів, а кримінального провадження, урегульованого кримінальним процесуальним законодавством. Закон № 2181-III (як і його наступник – розділ II ПК, що регламентує, серед іншого, узгодження податкових зобов'язань) присвячений адмініструванню податків і зборів і здійсненню контролю за дотриманням податкового законодавства, а тому не може підкоряти собі хід кримінального провадження в справах про ухилення від сплати податків і зборів. Зокрема, фактичне ненадходження до бюджетів коштів, які мали бути сплачені як податки і збори, може бути встановлене не лише актом податкової перевірки, який може оскаржуватись в адміністративному чи судовому порядку, що запускає механізм узгодження податкового зобов'язання, а і, наприклад, висновком експерта. І такий висновок, на відміну від податкового повідомлення-рішення про визначення суми грошового зобов'язання платника податків і зборів, може містити посилання на чорнові записи матеріально відповідальних осіб, документи неофіційного обліку, інші виявлені слідством документи, які є повноцінним джерелом інформації, що є особливо важливим за відсутності належного офіційного обліку податкових зобов'язань [12; 13; 14].

У цьому сенсі звертає на себе увагу роз'яснення, наведене в п. 21 постанови Пленуму ВСУ, згідно з яким фактичні дані, які підтверджують наявність чи відсутність у діях особи складу злочину, передбаченого ст. 212 КК (треба так розуміти – і відповідні суспільно небезпечні наслідки), можуть бути встановлені не лише актом документальної перевірки виконання податкового законодавства, а і висновком експерта чи актом ревізії фінансово-господарської діяльності. Оцінюючи це роз'яснення та обстоюючи позицію, згідно з якою кримінальний закон для наявності закінченого складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, не вимагає додаткових умов у вигляді процедури адміністративного чи судового узгодження податкових зобов'язань, А.В. Смирнова пише, що Верховний Суд України не надає якогось виняткового, переважного значення як єдиним підставам для прийняття процесуальних рішень у кримінальних справах тим рішенням адміністративних судів про визнання недійсними рішень податкових органів про нарахування сум податків і штрафних санкцій, які приймаються за результатами документальних перевірок платників податків [15, с. 163–165].

Цікаво, що в листі Генеральної прокуратури України від 3 грудня 2004 р. № 09/1-345 «Про деякі питання застосування законодавства при притягненні до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» констатувалась певна суперечливість роз'яснень, наведених у постанові Пленуму ВСУ з розглядуваної проблеми: якщо в абз. 1 п. 15 постанови в контексті визначення моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 212 КК, як вже зазначалось, містилась вимога наявності узгодженого податкового зобов'язання, то в абз. 3 п. 15 постанови, де фактично відтворювалось відповідне положення Закону № 2181-III, вказувалось на можливість обґрунтування обвинувачення у вчиненні злочинного ухилення від сплати податків і зборів іншими (крім оскаржуваного рішення податкового органу) доказами відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Відзначалось також, що відсутність оскаржуваного рішення податкового органу і, відповідно, відсутність узгодження донарахованого контролюючим органом податкового зобов'язання не виключає ні кримінального переслідування особи у вчиненні злочину, караного за ст. 212 КК, ні наявності об'єктивної сторони складу цього злочину (вона передбачає ухилення від сплати податків і зборів, вчинене в певний спосіб, а не події, що мали місце після такого ухилення, включаючи узгодження податкового зобов'язання). Наявність же спору в господарському чи адміністративному судочинстві, як і рішення суду, винесене щодо рішення податківців про донарахування податків і зборів, треба оцінювати разом з іншими доказами в кримінальній справі.

Тим більше, що рішення адміністративного суду про скасування податкового повідомлення-рішення, яким визначено грошове зобов'язання, заздалегідь не встановлює відсутності факту ухилення від сплати податків і зборів. По-перше, судове рішення, ухвалюване за результатами оскарження податкового повідомлення-рішення, може прийматись за формальними підставами, а не бути результатом розгляду питання по

суті. По-друге, адміністративні суди не мають процесуальних можливостей дослідження доказів ухилення від сплати податків, зборів, які можуть міститися в матеріалах кримінального провадження та які є обов'язковими для врахування під час розгляду справ судами загальної юрисдикції. Виносячи свої рішення, адміністративні суди, як і посадові особи контролюючих органів під час проведення податкових перевірок, виходять з аналізу первинних документів, які можуть бути підробленими і такими, що не відповідають обставинам, які в них відображені. По-третє, коло засобів збирання доказів за кримінальним процесуальним законодавством, які підлягають застосуванню для документування злочинного ухилення від сплати податків і зборів, значно ширше, ніж можливості під час проведення податкової перевірки та під час розгляду справи в адміністративному судочинстві. Згадані заходи можуть включати себе проведення різноманітних експертиз, використання доказів, виявлених під час проведення обшуків, застосування негласних слідчих дій тощо [16].

Подібну аргументацію неприйнятності розглядуваних змін до КК викладено в зауваженнях на законопроект № 2, підготовлених Науково-дослідним інститутом фіскальної політики Університету ДФС України. Дослідники із цього вишу вказують, зокрема, на безпідставність закриття кримінальних проваджень за формальною ознакою (неузгодженість грошового зобов'язання) за наявності беззаперечних доказів умисного ухилення від сплати податків у вигляді матеріалів ОРД, негласних слідчих (розшукових) дій, показань осіб, висновків експертиз тощо. У пропозиціях до законопроекту № 2, підготовлених податковою міліцією, подібний перелік додаткових (стосовно актів документальних перевірок) доказів пропонується закріпити в ст. 214 КПК «Початок досудового розслідування».

Слід зауважити, що в п. 56.22 ст. 56 ПК закріплено положення (законопроектом № 2 цей пункт пропонується виключити з КПК як такий, що суперечить концепції законопроекту), подібне до відтвореного в абз. 3 п. 15 постанови Пленуму ВСУ: якщо платник податків оскаржує рішення контролюючого органу в адміністративному порядку та (або) до суду, повідомлення особі про підозру у вчиненні такого кримінального правопорушення, як ухилення від сплати податків, не може ґрунтуватись виключно на цьому рішенні контролюючого органу до закінчення процедури адміністративного оскарження або до остаточного вирішення справи судом.

Виходить, що ПК (а раніше Закон № 2181-III) не пов'язує узгодження податкових зобов'язань, поєднане з відповідним оскарженням, із відкриттям кримінального провадження за ст. 212 КК і, найголовніше, допускає визнання особи винуватою у вчиненні злочинного ухилення від сплати податкових внесків за відсутності вказаного узгодження податкового зобов'язання.

Так, коментуючи постанову Пленуму ВСУ, П.П. Андрушко писав, що відсутність узгодження податкового зобов'язання не є перепорою для порушення кримінальної справи за ст. 212 КК. Називаючи роз'яснення Пленуму ВСУ про момент закінчення аналізованого злочину найбільш принциповим, науковець водночас із посиланням на Закон № 2181-III визнавав можливість обґрунтування обвинувачення в його вчиненні і за умов не проходження платником податків і зборів процедури узгодження податкового зобов'язання [17, с. 21]. Звернемось до матеріалів судової практики.

Вироком Краснолиманського міського суду Донецької області приватний підприємець р. був засуджений за ч. 3 ст. 212 КК за те, що в період із серпня 2004 р. по червень 2006 р. він умисно ухилився від сплати ПДВ на суму 1 млн. 2 тис. 722 грн. Ухвалою Апеляційного суду Донецької області вирок щодо р. було скасовано, а кримінальну справу закрито за недоведеністю його участі у вчиненні злочину. Апеляційний суд в обґрунтування свого рішення посилався, зокрема, на те, що р. оскаржив до господарського суду повідомлення-рішення та акт Слов'янської ОДПІ. Оскільки процедура узгодження суми податкових зобов'язань не була закінчена, обвинувачення р. не може ґрунтуватись на рішенні контролюючого органу. Скасовуючи ухвалу апеляційного суду і направляючи справу на новий апеляційний розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України виходила з того, що згідно з податковим законодавством обвинувачення особи в ухиленні від сплати податків не може ґрунтуватись на рішенні контролюючого органу, яке оскаржено до суду, до остаточного вирішення справи судом, за винятком випадків, коли таке обвинувачення не тільки базується на рішенні контролюючого органу, а і доведено на підставі додатково зібраних доказів відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Обвинувачення ж р. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК, ґрунтувалось на показаннях свідків і висновках судово-почеркознавчої і судово-технічної експертиз [18, с. 519–524].

У межах аналізованого підходу звертається увага і на те, що апеляційне узгодження податкового зобов'язання може тривати довго, і ця обставина дозволить несумлінним платникам податків (їхнім службовим особам) безпідставно уникати кримінальної відповідальності за допущені злочинні порушення податкового законодавства. Як справедливо зазначає О. Паламарчук, якщо пов'язувати настання кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків із завершенням узгодження грошового зобов'язання, то за наявності акту перевірки, яким встановлено податкове порушення, та інших належних з точки зору кримінального процесу доказів, що можуть свідчити про вчинення ухилення від сплати податків, початок кримінального переслідування та розслідування таких правопорушень не буде можливим до закінчення тривалої проце-

дури узгодження грошового зобов'язання. Наслідком такого підходу може стати ситуація, коли навіть тяжкі злочини, пов'язані з несплатою багатомільйонних сум податків, за наявності доказів їх вчинення роками залишатимуться не розслідуваними, а можливості здобуття доказів вчинення таких злочинів будуть втрачені [16].

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект № 1 вказувалось, що у випадку його ухвалення платники податків і зборів (їхні службові особи) зможуть безкарно ухилятися від самостійного нарахування і сплати сум податків аж до того часу, коли в результаті відповідних перевірок податкових органів не буде запущений механізм узгодження податкових зобов'язань. Фактично відбудеться декриміналізація значної частини діянь, які наразі є кримінально караним ухиленням від сплати податків, що матиме своїм наслідком різке зниження дисципліни платників податкових внесків і значене продовження строків їх фактичної сплати. Можливість безкарно не сплачувати податки і збори до моменту узгодження податкових зобов'язань вимагатиме посилення заходів контролю з боку податкових органів, що призведе до збільшення їх штатної чисельності і видатків на їх утримання. Відзначалось і те, що передбачене Законом № 2181-III узгодження податкових зобов'язань є не стандартною процедурою визначення суми податку та його сплати, а «надзвичайною» процедурою, яка застосовується лише у випадках, коли платник не погоджується з правомірністю вимог податкових органів чи правильністю нарахування податку. Загальний же порядок сплати податків ґрунтується на самостійному періодичному (щомісяця, щокварталу тощо) нарахуванні і сплаті відповідних податків і зборів. Чинна редакція ст. 212 КК передбачає відповідальність і за умисне невиконання обов'язків щодо такого самостійного нарахування і сплати податків і зборів, унаслідок чого відповідні бюджети не отримують певних сум податкових надходжень.

Загалом погоджуючись із наведеними критичними міркуваннями на адресу законопроекту № 1, яким, нагадаю, вказівку на узгодження податкового зобов'язання пропонувалось закріпити безпосередньо в диспозиції ч. 1 ст. 212 КК, водночас хотів би поставити під сумнів правильність тези парламентських експертів про «надзвичайність» узгодження податкового зобов'язання. Насправді узгодження податкових зобов'язань, запроваджене з 1 квітня 2001 р. на підставі Закону № 2181-III, а зараз урегульоване ПК, немає достатніх підстав вважати факультативним (або екстраординарним) елементом адміністрування податків і зборів. Річ у тім, що згідно з п. 54.1 ст. 54 ПК, крім випадків, передбачених податковим законодавством, платник податків самостійно обчислює суму податкового та (або) грошового зобов'язання та (або) пені, яку він зазначає в податковій (митній) декларації або уточнюючому розрахунку, що подається контролюючому органу в строки, встановлені ПК. Така сума зобов'язання або пені вважається узгодженою. Більше того: грошове зобов'язання, самостійно визначене платником податків, оскарженню не підлягає (п. 56.11 ст. 56 ПК). У фаховій літературі з цього приводу зазначається, що грошове зобов'язання, самостійно обчислене платником податків і відображене в податковій декларації (розрахунку), не може бути оскаржене в адміністративному чи судовому порядку. Таке зобов'язання вважається узгодженим з моменту подання податкової декларації (розрахунку). Отже, якщо платник податків самостійно визначив суму грошового зобов'язання, то таке зобов'язання виникає не за рішенням податкового органу і не може бути оскаржене [19, с. 264].

Далі. Відповідно до п. 57.1 ст. 57 ПК платник податків зобов'язаний самостійно сплатити суму податкового зобов'язання, зазначену в поданій ним податковій декларації, протягом 10 календарних днів, що настають за останнім днем відповідного граничного строку, передбаченого ПК для подання податкової декларації (крім випадків, встановлених цим Кодексом). «Таким чином, платник податку спочатку обраховує суму податкового зобов'язання, потім заявляє її податковому органу шляхом подання податкової декларації, а після цього сплачує її до бюджету у встановлений законом строк» [20, с. 135]. Податковий агент зобов'язаний сплатити суму податкового зобов'язання (суму нарахованого (утриманого) податку), самостійно визначеного ним з доходу, що виплачується на користь платника податку – фізичної особи та за рахунок такої виплати, у строки, передбачені ПК.

На мій погляд, викладені положення ПК передусім повинні братись до уваги при вирішенні питань про кваліфікацію вчиненого за ст. 212 КК і про визначення моменту закінчення злочину, передбаченого цією статтею КК. До речі, у зауваженнях Міністерства юстиції України на законопроект № 1 справедливо відзначалось, що своєчасна сплата податкового зобов'язання, самостійно узгодженого платником через податкову декларацію, не виключає, наприклад, заниження або приховування об'єкта оподаткування, заниження сум податків, приховування факту втрати підстави для одержання податкової пільги. Звідси, однак, був зроблений спірний, як на мене, висновок про те, що у випадку закріплення в ч. 1 ст. 212 КК формулювання «умисне ухилення від сплати узгодженого податкового зобов'язання» згадані та інші можливі способи ухилення від сплати податків і зборів не охоплюватимуться складом розглядуваного злочину.

Як відомо, злочинне ухилення від сплати податків і зборів може бути вчинено шляхом приховування об'єкта оподаткування, яке означає, що об'єкт оподаткування фактично існує, проте він не декларується (не згадується в податковій звітності, яка подається до контролюючих органів), у зв'язку з чим жодні податкові внески на такий об'єкт не нараховуються і, відповідно, не сплачуються. Так, приховування прибутку підприємства

як об'єкта оподаткування може здійснюватись шляхом укладення фіктивних договорів, неопритбуткування готівки, яка надходить підприємству за поставлені товари, виконані роботи або надані послуги, проведення підприємством фінансово-господарської діяльності через банківські рахунки інших підприємств або фізичних осіб без відображення її в податковій звітності, подання до контролюючих органів неправдивої заяви про тимчасове припинення фінансово-господарської діяльності підприємства тощо. Заниження об'єкта оподаткування означає часткове ухилення від сплати податків і зборів. Зокрема, платник податку може приховати частину прибутку, що підлягає оподаткуванню, наприклад, шляхом заниження вартості реалізованої продукції або неопритбуткування готівки, отриманої поряд із безготівковими коштами за реалізовані товари (роботи, послуги).

Висловлю припущення, що злочинність згаданих типових варіантів неправомірної поведінки (зрозуміло, за умови заподіяння нею відповідних суспільно небезпечних наслідків) буде констатована і тоді, коли вдовсконалена ст. 212 КК пов'язуватиме наявність передбаченого нею складу злочину з узгодженням податкового зобов'язання, яке у вказаних випадках ухилення від сплати податків має самостійний характер. Звертаю увагу і на те, що в ч. 1 примітки ст. 212 КК, викладеній у редакції законопроекту № 2, не уточнено, про яке саме (самостійне чи апеляційне) узгодження податкового зобов'язання йдеться при тому, що в пояснювальній записці до законопроекту говориться про необхідність пов'язування складу відповідного злочину саме і тільки з апеляційним узгодженням. Викладене у випадку ухвалення законопроекту № 2 призведе до небажаної неоднозначності кримінального закону та, як наслідок, до того, що прибічники «адвокатського» та «обвинувального» підходів із питання про кримінально-правове значення узгодження податкових зобов'язань зможуть тлумачити оцінюване положення КК у своїх інтересах.

Крім цього, у зауваженнях Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого на законопроект № 2 слушно вказується на те, що у випадку його ухвалення відбудеться безпідставна (до того ж жодним чином не аргументована в пояснювальній записці до законопроекту) декриміналізація ухилення від сплати податків і зборів, вчинюваного шляхом неподання податкової звітності. Справді, у цьому випадку про узгодження (навіть самостійне) податкового зобов'язання говорити не доводиться.

Про «надзвичайність» (факультативність) процедури узгодження податкового зобов'язання можна вести мову лише в тій частині, коли вказане узгодження набуває вигляду оскарження рішення контролюючого органу і може розглядатись як спосіб захисту прав та інтересів платників податкових внесків від незаконних дій фіскалів. Так, згідно з п. 56.2 ст. 56 ПК у разі, коли платник податків вважає, що контролюючий орган неправильно визначив суму грошового зобов'язання або прийняв інше рішення, що суперечить законодавству або виходить за межі повноважень контролюючого органу, встановлених ПК або іншими законами України, він має право звернутися до контролюючого органу вищого рівня зі скаргою про перегляд цього рішення. День закінчення процедури адміністративного оскарження вважається днем узгодження грошового зобов'язання. Рішення контролюючого органу, як вже зазначалось, може бути оскаржене і в судовому порядку. Згідно з п. 56.18 ст. 56 ПК при зверненні платника податків до суду з позовом про визнання недійсним рішення контролюючого органу грошове зобов'язання вважається неузгодженим до дня набрання судовим рішенням законної сили.

Як бачимо, ПК, передбачаючи різні варіанти (способи) узгодження податкових зобов'язань, не завжди пов'язує таке узгодження з апеляційним (адміністративним чи судовим) оскарженням рішення контролюючого органу. У зв'язку з цим спроби *de lege ferenda* і, тим більше, *de lege lata* пов'язати наявність складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (зобов'язкових платежів)» саме і лише з апеляційним узгодженням податкових зобов'язань мають бути оцінені критично. Висловлю також сумнів у відповідності чинним ПК і КПК п. 2.5.1 Методичних рекомендацій щодо порядку взаємодії між підрозділами органів ДФС при організації, проведенні та реалізації матеріалів перевірок платників податків, затверджених наказом ДФС України від 31 липня 2014 р. № 22, згідно з яким (пунктом) інформація про виявлені порушення податкового законодавства передається у слідчий підрозділ лише протягом 5 робочих днів за днем закінчення процедури адміністративного оскарження.

Деякі автори пишуть, що «Верховним Судом України встановлена чітка практика застосування ст. 212 Кримінального кодексу. Вона зводиться до того, що поки податкові зобов'язання не є узгодженими (тобто винесене податкове повідомлення не було оскаржено або було залишено в силі в процесі апеляційного оскарження), відсутній сам факт ухилення від сплати податків, оскільки немає суми податку, яка не надійшла до бюджету» [21]. Оскільки в абз. 1 п. 15 постанови Пленуму ВСУ, де роз'яснюється момент закінчення злочину, передбаченого ст. 212 КК, варіант (спосіб) узгодження податкових зобов'язань не названо, наведене висловлювання, явно обумовлене бажанням видати бажане за дійсне, є некоректним.

Інша річ, що встановлення факту порушення податкового законодавства зазвичай відбувається шляхом проведення податкової перевірки, за результатами якої складається акт перевірки; причому в ньому зазначаються факти як заниження, так і завищення податкових зобов'язань. Протягом 10 робочих днів з дня, наступного за днем вручення платнику податків акта перевірки, приймається податкове повідомлення-рішення (ст. 86 ПК).

Виходить, що після самостійного (здійснюваного через податкову декларацію) узгодження податкового зобов'язання не виключається «нове» (апеляційне) узгодження податкового зобов'язання, пов'язане з адміністративним або судовим оскарженням податкового повідомлення-рішення, яким встановлено податкове правопорушення. Проте апеляційне узгодження, як видається, не спроможне вплинути на наявність у попередній поведінці платника податків (його службової особи) ознак скоєного злочинного ухилення від сплати податків і зборів. Повторю слухну тезу з листа Генеральної прокуратури України від 3 грудня 2004 р. № 09/1-345 «Про деякі питання застосування законодавства при притягненні до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів»: ст. 212 КК передбачає відповідальність за ухилення від сплати податків і зборів, вчинене в певний спосіб, а не за події, що мали місце після такого ухилення, включаючи узгодження (уточню – апеляційне) податкового зобов'язання.

Виваженою виглядає позиція О. Паламарчука (до речі, адвоката), який називає неправильним і таким, що суперечить засадам кримінального судочинства, ототожнення порядку настання кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків і зборів із процедурою узгодження податкового зобов'язання. Вказується на те, що під час встановлення об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, відбувається дослідження дій, спрямованих на ухилення від сплати податків у визначені законом терміни, а не дій, пов'язаних із визначенням та стягненням грошового зобов'язання платника податків. Факт вчинення податкового злочину і момент прийняття рішення контролюючого органу про визначення грошового зобов'язання різняться в часі; у багатьох випадках цей розрив може бути істотним. Таким чином, дії, пов'язані з прийняттям рішення контролюючого органу про визначення грошового зобов'язання та його стягнення, як і дії, пов'язані з оскарженням такого рішення, жодним чином не впливають на наявність об'єктивної сторони ухилення від сплати податків та її встановлення в рамках кримінального процесу. А сума несплачених податків і зборів у кримінальному провадженні не є тотожною сумі узгодженого грошового зобов'язання: остання для цілей кримінального провадження застосовуватися не може. Про різницю між кримінальним переслідуванням щодо ухилення від сплати податків і процедурою узгодження грошового зобов'язання свідчать і різні строки давності; органи досудового розслідування в рамках кримінального провадження вправі розслідувати та досліджувати обставини ухилення від сплати податків, які мали місце поза межами строків позовної давності, визначених ст. 102 ПК [16; 22].

Ст. 54 ПК передбачає випадки, коли сума податкового зобов'язання визначається контролюючим органом самостійно (неподання платником у встановлений строк податкової декларації, наявність даних про заниження податкових зобов'язань або про порушення правил нарахування, утримання та сплати до відповідних бюджетів податків і зборів тощо). «... у цьому разі обов'язок зі сплати податку виникає у платника незалежно від виконання ним свого обов'язку з декларування...» [20, с. 135]. Законодавцем встановлено: 1) якщо сума зобов'язання розраховується контролюючим органом, то платник податків несе відповідальність не за своєчасність, достовірність і повноту нарахування такої суми, а за своєчасне та повне погашення нарахованого узгодженого грошового зобов'язання; 2) платник має право оскаржити зазначену суму в порядку, встановленому ПК. Зокрема, якщо винесення податкового повідомлення-рішення зумовлено встановленням фактом вчинення певного податкового правопорушення, то платник податків має право протягом 10 календарних днів з дня отримання рішення контролюючого органу розпочати процедуру його оскарження (п. 57.3 ст. 57 ПК), тим самим запускаючи механізм апеляційного узгодження податкового зобов'язання. Кореспондує цим законодавчим положенням роз'яснення, наведене в абз. 2 п. 15 постанови Пленуму ВСУ, згідно з яким умисне ухилення від сплати чи сплата в неповному обсязі сум податкових зобов'язань, нарахованих контролюючим органами в порядку, встановленому податковим законодавством (раніше це був п. 4.2 ст. 4 Закону № 2181-III, а зараз п. 54.3 ст. 54 ПК), утворює закінчений склад злочину з моменту закінчення граничного строку, в який мали бути сплачені нараховані (донараховані) такими органами суми зазначених зобов'язань.

Наведене роз'яснення викликає щонайменше два зауваження. По-перше, воно не враховує того, що відповідне рішення контролюючого органу може бути оскаржене платником податків, що «активує» механізм узгодження податкового зобов'язання, а до завершення цієї процедури говорити про обов'язок сплати суми податкового зобов'язання явно передчасно. По-друге (і найголовніше), у розглядуваній ситуації, в якій вбачається не тільки ухилення від сплати податків і зборів, скільки їх несплата, не поєднана з обманом держави в особі контролюючих органів, взагалі проблематично стверджувати про наявність складу злочину, передбаченого ст. 212 КК.

Показово, що в зауваженнях ДПА України на законопроект № 1 вказувалось на те, що у випадку його ухвалення кримінальна відповідальність через відсутність приховування об'єкта оподаткування (уже визначеного контролюючим органом) фактично наставатиме за умисну несвоєчасну несплату податків, а це вже склад іншого злочину, передбаченого, наприклад, ст. 364 КК, а не ст. 212 КК. Співзвучною цій тезі є думка О. Паламарчука про те, що умисна несплата суми узгодженого грошового зобов'язання не може розглядатись як злочин, передбачений ст. 212 КК, оскільки в такому випадку відсутнє приховування чи заниження об'єкта оподаткування, адже його розмір, як і розмір належних до сплати податків, чітко визначено (узгоджено)

[22]. Показово, що в пояснювальній записці до законопроекту № 2 відзначається, що притягнення осіб до кримінальної відповідальності за ст. 212 КК повинно здійснюватися лише за несплату узгоджених грошових зобов'язань протягом встановленого строку. Але ж у чинній редакції ст. 212 КК (і автори законопроекту № 2 у цій частині нічого не бажають змінювати) йде мову про ухилення від сплати податків і зборів, а не про їх несплату.

Задля справедливості зауважу, що питання, чи може кваліфікуватись за ст. 212 КК така неправомірна поведінка платника податків і зборів, як умисна несплата податкових внесків, не пов'язана з обманом, в юридичній літературі вирішується суперечливо. На мою думку, диспозиція ст. 212 КК з її формулюванням «ухилення від сплати» передбачає, що істотну шкоду фіскальним інтересам держави платник може заподіяти, увівши державу в оману і створивши перешкоди для правильного нарахування податку чи збору. Продовжую вважати, що суспільна небезпека кримінально караного ухилення від сплати податків і зборів визначається не тільки розміром несплаченого податкового внеску, а і фактом приховування об'єкта оподаткування, іншим обманом контролюючих органів, латентністю вчинюваних діянь, що перешкоджає державі примусово вилучити суми добровільно не сплаченого податку і збору [23, с. 366–367].

Основна проблема, коли йдеться про роль і межі кримінально-правової репресії в захисті системи оподаткування, лежить у площині не адміністрування податків і зборів, елементом якого є узгодження податкових зобов'язань, а якості кримінального закону його кваліфікованого застосування. І перехід від наглядово-каральної функції фіскальних органів до обслуговуючої, задекларований в указі Президента України від 12 січня 2015 р № 5/2015 «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» і згаданий у пояснювальній записці до законопроекту № 2, тут ні до чого. Варто врешті-решт задуматись над тим, що змінити існуючий стан справ, за якого ключове для розуміння суті заборони, закріпленої в ст. 212 КК, поняття «ухилення від сплати» фактично «віддано на відкуп» правозастосовній практиці, тлумачиться різними науковцями і практиками аж занадто суперечливо. І неоднозначність існуючих підходів щодо кримінально-правового значення податкових зобов'язань – зайве тому підтвердження.

Розмірковуючи над відповідною трансформацією норми КК, наразі присвяченої ухиленню від сплати податків і зборів, пропоную виходити з того, що якщо відома сума податкового зобов'язання, яка підлягає сплаті до бюджету, держава має достатні засоби для того, щоб отримати її незалежно від бажання або небажання платника податків і зборів (податкова застава, адміністративний арешт майна тощо). У тому ж разі, коли держава не лише не отримує належних податкових надходжень, а і позбавляється можливості стягнути їх примусово, така поведінка платника податкових внесків є найбільш суспільно небезпечною і такою, що потребує криміналізації. Видається, що викладений підхід узгоджується з призначенням кримінального права як знаряддя реагування на найбільш небезпечні для особи, суспільства і держави посягання. У правильності викладеної позиції переконує і зарубіжний досвід, який з питання про коло злочинних посягань на систему оподаткування не може не відзначатись різноманітністю. Зокрема, звернення до законодавства європейських країн із розвинутою ринковою економікою показує, що в основу системи податкових злочинів у цих країнах покладено норму про податкове шахрайство. Відмітними ознаками цього найбільш небезпечного посягання в сфері оподаткування, який у різних країнах цілком природно має неоднакову назву, є умисел, спрямований на заподіяння майнової шкоди державі внаслідок несплати податків, та обман, який може набувати активної (подання неправдивих відомостей) або пасивної (незаконне неподання належних відомостей) форми. Подібний підхід знайшов законодавче закріплення і в багатьох інших країнах (наприклад, ст. 243 КК Білорусі, ст. ст. 255, 256 КК Болгарії, ст. ст. 205, 206 КК Вірменії, ст. 244 КК Молдови, ст. ст. 386–388, 390 Пенітенціарного кодексу Естонії) [23, с. 370–372]. До речі, із згаданого в пояснювальній записці до законопроекту № 2 рішення ЄСПЛ у справі «Остерлунд проти Фінляндії» чітко випливає, що у Фінляндії кримінальну відповідальність встановлено саме за податкове шахрайство.

Для того, щоб на законодавчому рівні чітко відмежувати несумлінну поведінку платника податків і зборів (іншого належного суб'єкта), що призводить до виникнення податкового боргу, від умисного непогашення вже існуючого податкового боргу, у тексті вдосконаленої ст. 212 КК вважаю за доцільне використовувати поняття податкового зобов'язання (пп. 14.1.156 п. 14.1 ст. 14 ПК). Відповідно, замість умисного ухилення від сплати податків і зборів у поліпшеній ч. 1 ст. 212 КК мова повинна йти про умисну несплату платником податків і зборів або його представником, податковим агентом, службовою особою податкового зобов'язання, що поєднується з неподанням податкової звітності або внесенням до податкової звітності завідомо неправдивих відомостей. Зрозуміло, що таке позначення злочинного діяння (а треба ще визначитись із суспільно небезпечними наслідками та адекватними їм санкціями) потребує серйозного фахового обговорення.

На мою думку, перекинування податкової звітності завдяки виправданій універсальності цього поняття дозволить охопити, зокрема, випадки невідображення (приховування) в цій звітності об'єктів оподаткування, їх заниження і водночас враховуватиме ту обставину, що зміст обману, який спричиняє несплату податкового зобов'язання, може стосуватись і інших, крім об'єкта оподаткування, елементів правового механізму податку

чи збору – його ставки, платника, бази або одиниці оподаткування тощо. Так, різновидом злочину, передбаченого ст. 212 КК, визнаватимуться обманні зловживання з податковими пільгами, що, серед іншого, вимагатиме виключення зі ст. 222 КК «Шахрайство з фінансовими ресурсами» згадування про пільгу щодо податків.

Крім цього, з тим, щоб унеможливити застосування ст. 212 КК щодо випадків неумисного порушення вимог податкового законодавства, вказану кримінально-правову заборону зовсім не обов'язково законодавчо пов'язувати з узгодженням податкових зобов'язань. Варто рухатись принципово іншим шляхом, доповнивши КК нормою приблизно такого змісту: «Якщо особа сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння, ознаки якого як злочину визначені цим Кодексом і нормативним актом чи договором або правовим звичаєм, який не є законом про кримінальну відповідальність, то вона через відсутність вини кримінальній відповідальності не підлягає. У разі, коли з урахуванням обставин справи особа могла уникнути такої помилки, її діяння вважається вчиненим через необережність». Перевага пропонованого компромісного варіанту (порівняно з уточненням легального описання умислу) вбачається в тому, що наголос зроблено не на незнанні закону (а тому скасовувати відповідну конституційну презумпцію, з огляду на її прагматизм, не треба), а на помилці – неправильному сприйнятті змісту нормативно-правового акту чи іншого відмінного від КК джерела [24].

Проведене дослідження дозволяє стверджувати про недоречність перетворення узгодження податкового зобов'язання в кримінально-правове поняття і водночас про необхідність викладення ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» у такій редакції, за якої упереджена (однобічна, «адвокатська») інтерпретація положень ПК щодо узгодження податкових зобов'язань не заважала б ефективній кримінально-правовій охороні системи оподаткування. Потребують серйозного фахового обговорення наукові ідеї закріплення в межах цієї статті КК відповідальності за податкове шахрайство і доповнення КК нормою, присвяченою відповідному різновиду юридичної помилки. Слід наголосити і на тому, що проблеми справляння податкових внесків, включаючи ті з них, що пов'язані з проведенням податкових перевірок і нерідким прийняттям за їх результатами незаконних податкових повідомлень-рішень, а також проблеми кримінального провадження у справах про ухилення від сплати податків і зборів, як і проблеми «рентабельності» діяльності такого правоохоронного органу, як податкова міліція, не повинні вирішуватись за допомогою внесення змін до кримінального закону (тим більше не до кінця продуманих).

1. Готін О. Подвійні стандарти спеціальних кримінально-правових норм : деякі міркування з приводу здобутків та витрат криміналізації / О. Готін // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 10. – С. 133–136.
2. Кузьмич Я. Реформа Податкового кодексу України та її вплив на кримінальний процес / Я. Кузьмич [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://dega.ua/files/review_nku_12042016_uk.pdf.
3. Сичка В. Старая сказка о главном / В. Сичка, Ю. Анисимов // Бухгалтерия. – 21 апреля 2003 г. – № 16-17. – С. 63–65.
4. Деркач Т. Конфликт интересов и налоговый компромисс : теория и практика применения / Т. Деркач // Сборник систематизированного законодательства. – Вып. 1. – Январь 2008 г. – С. 178–181.
5. Белкин М. Азбука защиты, или Как в суде защититься от незаконного уголовного преследования / М. Белкин // Бухгалтерия. – 3 марта 2008 г. – № 9. – С. 61–63.
6. Курило Ю. Питання оскарження постанови про порушення кримінальної справи за податковими злочинами / Ю. Курило // Адвокат Бухгалтера. – 2008. – № 23. – С. 28–31.
7. Вегера В. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків / В. Вегера // Вісник прокуратури. – 2009. – № 7. – С. 51–54.
8. Шемяткін О. Помилка в декларації / О. Шемяткін // Дзеркало тижня. – 21 квітня 2012 р. – № 15.
9. Ясюнецький О. Про деякі спірні питання адміністрування податків / О. Ясюнецький // Юридичний вісник України. – 25–31 жовтня 2014 р. – № 43.
10. Карпенко М. О. Деякі спірні питання провадження в кримінальних справах, порушених за ст. 212 Кримінального кодексу України / М. О. Карпенко // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2009. – № 1. – С. 95–101.
11. Протасов С. Мінімізація ризиків притягнення до кримінальної відповідальності на підставі висновків акту податкової перевірки підприємства / С. Протасов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : pravo.ua/docs/events/28/Protasov.pptx.
12. Бучинський Й. Закон один для всіх : для платників податків і податківців / Й. Бучинський, Є. Вакуленко, О. Годуєв, В. Фетчишина // Юридичний вісник України. – 20–26 червня 2009 р. – № 25.

13. Бучинський Й. Закон – один для всіх / Й. Бучинський, Є. Вакуленко, О. Годуєв, В. Фетчишина // Вісник податкової служби України. – 2009. – № 25. – С. 19–21.
14. Яковинець А. Оскарження до суду дій слідчих податкової міліції при проведенні ними досудового слідства по кримінальних справах, порушених щодо злочинів у сфері оподаткування / А. Яковинець, В. Гаркуша, І. Безолук // Вісник податкової служби України. – 2003. – № 37. – С. 31–36.
15. Смирнова А. В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Смирнова Анелія Василівна. – К., 2012. – 255 с.
16. Паламарчук О. Кримінальна відповідальність за несплату податків та узгодження грошового зобов'язання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/podatкова-praktika/kriminalna-vidpovidalnist--za-nesplatu-podatkov-vs-uzgodzhennya-groshovogo-zobov'yazannya.html>.
17. Андрушко П. П. Коментар до постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 / П. П. Андрушко // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 11. – С. 15–21.
18. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / за ред. П. П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – 736 с.
19. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. / кол. авторів; заг. редакція М. Я. Азарова. – 2-ге вид., доп. та перероб. Т. 1. – К.: Міністерство фінансів України, Національна академія ДПС України, 2011. – 590 с.
20. Гетманцев Д. О. До питання про податковий обов'язок платника податку / Д. О. Гетманцев // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 4. – С. 134–137.
21. Названо найбільш суперечливі норми Податкового кодексу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mycity.mk.ua/news/23508>.
22. Паламарчук О. Особливості розмежування кримінального переслідування за ухилення від сплати податків з процедурою узгодження грошового зобов'язання / О. Паламарчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radako.com.ua/news/osoblivosti-rozmezhuвання-kriminalnogo-peresliduvannya-za-uhilennya-vid-splati-podatkov-z>.
23. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького/ О. О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. – 952 с.
24. Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю / О. Дудоров // Право України. – 2011. – № 9. – С. 82–91.

НЕОБЕРЕЖНА НЕСПЛАТА ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМА ТА МОЖЛИВІ ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ¹

Випадки кваліфікації необережної несплати податків і зборів як службової недбалості нерідко мають місце на практиці при тому, що в юридичній літературі питання про інкримінування ст. 367 Кримінального кодексу України (далі – КК) щодо необережних порушень вимог податкового законодавства вирішується суперечливо, а відсутність у постанові від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» відповідного роз'яснення (подібного до наведеного в п. 4 постанови від 26 березня 1999 р. № 5 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів») дозволяє висловити припущення про те, що Пленум Верховного Суду України не вважає необережну несплату податків та інших обов'язкових платежів злочином.

З метою вирішення цієї злободенної проблеми законопроектом «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей кримінального провадження в податкових відносинах та питань адміністрування податків і зборів» (реєстр. № 3448 від 10 листопада 2015 р.; внесений народними депутатами України А.В. Журжієм, Н.П. Южаніною та ін.; далі – законопроект) ст. 367 КК України пропонується доповнити приміткою такого змісту: «Не вважаються службовою недбалістю діяння, які призвели до фактичного ненадходження коштів до бюджетів, державних цільових фондів чи фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування у зв'язку з несплатою податків, зборів (обов'язкових платежів), єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». У пояснювальній записці до законопроекту необхідність такої новели пояснюється прагненням унеможливити кримінальну відповідальність за ст. 367 КК за допущення помилок при веденні податкового обліку і заповненні податкових декларацій. Вважаю, що пропонована новела та її обґрунтування загалом заслуговують на підтримку.

У випадку ухвалення законопроекту вдасться розв'язати проблему явної невідповідності законодавчої оцінки суспільної небезпеки умисного ухилення від сплати податків і зборів та несплати їх з необережності. Суть цієї проблеми полягає принаймні в трьох моментах: 1) для притягнення до відповідальності за ст. 367 КК треба встановити, що сума несплачених обов'язкових платежів, які входять у систему оподаткування, в 100 і більше разів перевищує НМДГ у той час, як для застосування ст. 212 КК мінімальна межа шкоди, заподіяної державі, складає суму, що дорівнює 1 тис. НМДГ; 2) несплата в результаті необережного діяння службової особи обов'язкових платежів на суму у 250 і більше НМДГ, що вважається тяжкими наслідками, утворює кваліфікований склад службової недбалості, передбачений ч. 2 ст. 367 КК, санкція якої передбачає можливість призначення покарання, зокрема, у виді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років. Водночас за умисне ухилення від сплати податкових внесків позбавлення волі як вид покарання не може бути призначене взагалі; 3) необережна несплата податків і зборів, вчинена службовими особами підприємств, установ, організацій, може тягнути за собою кримінальну відповідальність (ст. 367 КК) у той час, як аналогічні діяння інших платників можуть розцінюватись хіба що як адміністративний проступок. Сказане стосується і існуючого співвідношення таких кримінально-правових заборон, як ст. 212-1 і ст. 367 КК.

Одним із можливих варіантів розв'язання розглядуваної проблеми є пропозиція Н.О. Гуторової доповнити ст. 367 КК ч. 3 такого змісту: «Ця стаття не застосовується до діянь, умисне вчинення яких не тягне за собою кримінальної відповідальності за цим Кодексом. Покарання за службову недбалість не може бути призначено більш суворе, ніж передбачено за таке ж діяння, вчинене умисно» [1, с. 271–272]. Очевидно, що за такого варіанту поліпшення КК кримінальна відповідальність за необережну несплату обов'язкових платежів, якщо їхня сума в одну тисячу і більше разів перевищує НМДГ, не виключатиметься.

Новела, ініційована розробниками законопроекту, дозволить чітко зафіксувати волю законодавця, який свого часу (під час ухвалення чинного КК) не погодився із пропозицією окремих вітчизняних дослідників [2, с. 287; 3, с. 4, 6; 4, с. 17, 191–197] криміналізувати необережну несплату податків та інших обов'язкових платежів. Нагадаю, що в проєкті КК України, прийнятого в другому читанні, крім ст. 217 «Умисна несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів», було сформульовано ще два склади податкових злочинів – «Несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів з підприємств, установ, організацій з необережності» (ст. 218) і «Несплата податків, зборів, інших обов'язкових платежів фізичними особами з необережності» (ст. 219). Однак за ініціативою багатьох народних депутатів і пропозицією Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України вказівку на ст. 218 і ст. 219 з проєкту КК було виключено.

¹ Стаття опублікована: Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи: матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. 50-річчю каф. кримінології та кримінально-виконавчого права, Харків, 9 груд. 2016 р. / За ред. В.Я. Тація, Б.М. Головкина. – Х: Право, 2016. – С. 99–103.

Сьогоднішній стан вітчизняного податкового законодавства, яке є великим за обсягом, нестабільним, суперечливим і складним для сприйняття, схиляє до думки про недоцільність в сучасних умовах існування кримінальної відповідальності за діяння, що становлять собою необережну несплату податкових внесків. Існування такої відповідальності суперечить принципу економії кримінально-правової репресії, погіршує правове становище різних категорій платників податків і зборів і за рахунок значного розширення меж кримінально караної поведінки негативним чином позначається на цілеспрямованості кримінально-правової протидії податковій злочинності. Посилання на те, що за допомогою криміналізації необережних податкових правопорушень за умов переходу до ринкової моделі розвитку суспільства вдасться посилити податкову дисципліну, не бере до уваги хоча б той факт, що за законодавством країн із традиційною ринковою економікою податкові злочини – діяння умисні. Чи не єдиний випадок, який інколи згадується прибічниками розглядуваного варіанту вдосконалення КК України, – передбачене § 378 Положення про податки і збори ФРН легковажне заниження податку, однак і це діяння, на відміну від умисного ухилення від сплати податку, насправді визнається не злочином, а адміністративним проступком.

Таким чином, пропоноване законопроектом обмеження сфери застосування ст. 367 КК вважаю виправданим (доцільним) при тому, що аналізована примітка цієї статті вирішує проблему визначення меж злочинної необережності фрагментарно (лише щодо порушень фіскального законодавства), «вписуючись» у традиційний для вітчизняного кримінального законодавства підхід, згідно з яким форма вини або безпосередньо вказується в диспозиції норми Особливої частини КК, або (за відсутності прямої законодавчої вказівки) встановлюється шляхом тлумачення кримінального закону. З урахуванням зазначеної фрагментарності можна зрозуміти появу в науковому висновку ТОВ «Текслінк» на законопроект зауваження, яке полягає в тому, що пропонується примітка ст. 367 КК не виправдано виокремлює особу, яка вчиняє службову недбалість, що спричинило ненадходження коштів до бюджетів та інших цільових фондів, від осіб, які вчинили службову недбалість з настанням інших негативних наслідків.

Суть принципово іншого підходу до визначення кола необережних діянь, що тягнуть за собою кримінальну відповідальність, відомого сучасному кримінальному законодавству багатьох зарубіжних країн (наприклад, § 7 КК Австрії, ст. 11 КК Болгарії, § 19 КК Данії, ст. 12 КК Іспанії, ст. 42 КК Італії, ст. 15 КК КНР, ст. 16 КК Литви, ст. 18 КК Швейцарії, ст. 2 глави 1 КК Швеції, ст. 121-3 КК Франції), полягає в наявності в Загальній частині кримінального закону спеціального застереження, згідно з яким діяння, вчинені через необережність, караються як злочини лише у випадках прямої вказівки на це в Особливій частині кримінального закону. Очевидними перевагами цього підходу є те, що він вважається серйозною правовою гарантією проти поширювального тлумачення кримінально-правових норм, дозволяє зробити кримінальний закон більш лаконічним і зрозумілим, сприяє його однаковому застосуванню. Щоправда, включення до Загальної частини КК України подібного законодавчого застереження зобов'язує переглянути всю Особливу частину КК на предмет чіткого визначення того, які саме вчинені через необережність діяння визнаватимуться злочинами. Інакше кажучи, прагнучи вирішити проблему встановлення меж злочинної необережності, обійтись редагуванням лише Загальної частини КК неможливо – треба змінювати й Особливу частину КК. А це, своєю чергою, вимагає знайти оптимальне співвідношення між, з одного боку, світовою тенденцією до збільшення кількості кримінально-правових заборон на вчинення необережних злочинів (зокрема, за рахунок деліктів створення небезпеки) та, з іншого, заснованою на гуманізмі ідеєю декриміналізації частини передбачених КК України необережних злочинів [5, с. 350–351]. Зрозуміло, однак, що таке концептуально інше (порівняно із законопроектом) розв'язання проблеми можливе лише в межах оновлення редакції всього КК.

Таким чином, те, що в законопроекті вирішується проблема кримінальної відповідальності за необережні «результативні» порушення саме і тільки вимог фіскального (податкового і соціального) законодавства, є виправданим прагматичним кроком. Водночас редакція наведеного в законопроекті формулювання «не вважаються службовою недбалістю діяння, які призвели...» (далі – за текстом) навряд чи є вдалою. Адже невиконання або неналежне виконання службовою особою юридичної особи (її відокремленого підрозділу) – платника податків та інших обов'язкових платежів своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них (зокрема, неналежне ведення податкового обліку та звітності, помилки при обчисленні сум податкових платежів або інше неправильне застосування положень фіскального законодавства, відсутність чи неналежне здійснення контролю за діяльністю працівників, які ведуть відповідний облік та звітність), якщо це призвело до несплати податків та інших обов'язкових платежів, за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 367 КК, якраз і є (має називатись) *de lege lata* службовою недбалістю. Інша річ, що законопроектом пропонується виключити застосування ст. 367 КК щодо певних різновидів службової недбалості.

До речі, з урахуванням того, що певні порушення вимог податкового і соціального законодавства через відсутність умислу можуть утворювати склад злочину «службова недбалість», а отже, кваліфікуватись не за ст. 212 або ст. 212-1, а за ст. 367 КК, складно погодитись із зауваженням Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект, суть якого (зауваження)

полягає в тому, що ідея гуманізації кримінальної відповідальності в розглядуваній ситуації може бути втілена через реалізацію кримінально-правового компромісу щодо окремих злочинів у сфері господарської діяльності. З приводу невдалості формулювання «не вважаються службовою недбалістю...» у науковому висновку Київського національного університету імені Тараса Шевченка на законопроект ставиться слушне запитання: чим же тоді вважаються відповідні діяння? Разом з тим пропозиція науковців вказаного вишу доповнити примітку ст. 367 КК положенням про те, що підстави кримінальної відповідальності за такі діяння визначаються тільки статтями 212 і 212-1 цього Кодексу, не може бути підтримана. Адже як «такі діяння» у контексті пропонованого обмеження сфери застосування норми КК про службову недбалість не можуть розумітись передбачені ст. 212 і ст. 212-1 КК умисні ухилення від сплати податкових і соціальних внесків.

Таким чином, з метою розв'язання проблеми кримінально-правової оцінки необережної несплати обов'язкових (податкових і соціальних платежів) пропоную примітку ст. 367 КК, яка фігурує в законопроекті, викласти в такій редакції: «Ця стаття не застосовується до особи, яка вчинила необережну несплату податків і зборів, які входять в податкову систему, або єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Відповідну імперативну заборону (за прикладом формулювань, закріплених у ч. 2 ст. 385 і ч. 2 ст. 396 КК) можна викласти і в такій редакції: «Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка вчинила...» (далі – за текстом).

1. Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України : монографія / Н. О. Гуторова. – Х. : Вид-тво Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 384 с.
2. Брич Л. П. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні : монографія / Л. П. Брич, В. О. Навроцький. – К. : Атіка, 2000. – 288 с.
3. Молодик В. В. Кримінологічні та кримінально-правові аспекти відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. В. Молодик. – Х., 1999. – 19 с.
4. Сухов Ю. М. Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: проблеми відмежування від суміжних злочинів та кваліфікації за сукупністю : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сухов Юрій Миколайович. – К., 2000. – 235 с.
5. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького / О. О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. – 952 с.

ПРО ЧЕРГОВУ СПРОБУ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАОХОЧУВАЛЬНОЇ НОРМИ, РОЗРАХОВАНОЇ НА ОСІБ, ЯКІ ВЧИНILI УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ¹

Визнавши спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною кримінального закону, перспективною формою депеналізації, законодавець при ухваленні в 2001 р. чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) істотно збільшив кількість відповідних заохочувальних (компромісних) приписів. Одним із таких приписів є ч. 4 ст. 212 КК, яка розрахована на тих, хто вчинив ухилення від сплати податків і зборів та яку є підстави вважати втіленням ідеї «золотої середини» між кримінально-правовою репресією та економічною доцільністю. Свого часу автор цих рядків уже звертався до дискусійних аспектів застосування і вдосконалення вказаної кримінально-правової норми [1, с. 352–364], однак триваюче обговорення законопроекту «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей кримінального провадження в податкових відносинах та питань адміністрування податків і зборів» (реєстр. № 3448 від 10 листопада 2015 р.; внесений народними депутатами України А.В. Журжієм, Н.П. Южаніною та ін.; далі – законопроект) спонукає повернутись до висвітлення зазначеної проблематики.

Крім інших ініційованих новел у частині регламентації кримінальної відповідальності за податкові делікти, розробники законопроекту висловлюються за те, що викласти ч. 4 ст. 212 КК у такій редакції: «Особа, яка вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою, або діяння, передбачені частиною третьою (якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах) цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо відповідні податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодування шкоди, завданої державі їх несвоєчасною сплатою (штрафні санкції, пеня) сплачені в повному обсязі будь-якою особою не пізніше 10 календарних днів, наступних за днем вручення повідомлення про підозру такій особі, яка вчинила діяння передбачені цією статтею». У подібній редакції пропонується викласти ч. 4 ст. 212-1 КК, в якій йдеться про ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Розглянемо, наскільки вдалим і продуманим є викладені положення законопроекту.

Позитив законопроекту в аналізованій частині передусім полягає в уніфікації, з одного боку, умов кримінально-правового заохочення осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів, та, з іншого, умов спеціального звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Існуючий неоднаковий підхід до визначення умов кримінально-правового заохочення осіб, які вчинили злочини, передбачені ст. 212 і ст. 212-1 КК, є нелогічним, оскільки його втілення в життя призвело до порушення об'єктивно існуючого та історично обумовленого зв'язку між заходами кримінально-правової охорони системи оподаткування і системи загальнообов'язкового соціального страхування. Інша річ, що потребує з'ясування те, умови якого з двох вказаних видів кримінально-правового заохочення сформульовано більш вдало.

Позитив законопроекту вбачається також у виключенні з текстів заохочувальних норм звороту «до притягнення до кримінальної відповідальності», щодо якого свого часу висловився Конституційний Суд України (рішення в справі про депутатську недоторканість від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99), і в конкретизації граничного моменту (кінцевої межі) розрахунків з державою тим, хто бажає уникнути кримінальної відповідальності за вчинене ним ухилення від сплати податкових і соціальних внесків на підставі спеціальних заохочувальних норм КК.

Зміна внаслідок ухвалення Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК) змістовного наповнення законодавчого звороту «притягнення до кримінальної відповідальності», використаного в ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК, теоретично спроможна була стимулювати своєчасність позитивної посткримінальної поведінки злочинців, сприяти більш оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати податків та інших обов'язкових платежів.

Цікаво, що в юридичній літературі висловлювались думки, так би мовити, співзвучні вказаним законодавчим змінам. Так, у період обговорення проекту КК Л.П. Брич і В.О. Навроцький пропонували звільняти від кримінальної відповідальності осіб, які, хоч і ухилялися від сплати обов'язкових внесків державі, але до моменту порушення кримінальної справи внесли суми несплачених обов'язкових платежів і штрафних санкцій [2, с. 189]. М.І. Хавронюк писав, що кримінально-правовий компроміс має полягати в не порушенні кримінальної справи щодо особи, яка вперше вчинила діяння, передбачені ч. 1 і ч. 2 ст. 212 КК, якщо вона добровільно сплатить податки, збори, а також відшкодує шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою, під час перевірки, яка здійснюється протягом десяти днів у порядку, передбаченому ст. 97 КПК [3, с. 236]. А.І. Зо-

1 Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 5. – С. 82–87.

лотарьов пропонував як на граничний момент відповідних розрахунків вказати в ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК на порушення кримінальної справи [4, с. 14, 18–19].

Разом з тим якщо за раніше чинним кримінально-процесуальним законодавством в особи, котра вчинила злочин, передбачений ст. 212 або ст. 212-1 КК, між моментом виявлення факту вчинення цього злочину і моментом пред'явлення їй обвинувачення був певний проміжок часу, який особа могла використати для виконання вимог ч. 4 ст. 212 або ч. 4 ст. 212-1 КК, то з набранням чинності КПК 2012 р. цього часу в особи фактично не залишилось. Сама процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення в тому вигляді, в якому вона виписана в ст. ст. 276–278 чинного КПК, здатна унеможливити застосування ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК (як і інших заохочувальних приписів КК, в яких вживається словосполучення «до притягнення до кримінальної відповідальності») або принаймні поставити долю цих приписів у повну залежність від розсуду правозастосувача. Нормативно не врегульоване питання про часові межі (строки) повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення дозволяє слідчому «за необхідності» маніпулювати цими строками.

Як слушно зазначає М.П. Куцевич, обмеження виконання умов звільнення від кримінальної відповідальності моментом здійснення повідомлення про підозру фактично зводить нанівець можливість застосування спеціальних видів звільнення, оскільки винній особі дається мало часу для виконання умов звільнення. До того ж вимога вчинити певні посткримінальні дії, аби бути звільненою від кримінальної відповідальності, до моменту доведення до відома особи кримінально-правової оцінки її поведінки є некоректною [5, с. 113–114]. Існує і небезпека того, що особи для уникнення кримінально-правової репресії, визнаватимуть свою вину у вчиненні умисного податкового злочину навіть тоді, коли насправді порушення податкового законодавства сталися з необережності. Небезпека опинитись на лаві підсудних чинить на платників податків та їхніх службових осіб психологічний тиск, а тому вони нерідко готові сплатити будь-які кошти з тим, щоб «владнати справу миром». Оскільки звільненню від кримінальної відповідальності підлягає особа, яка вчинила злочин, то в процесуальному порядку щонайменше має бути встановлено, що саме ця особа вчинила певний злочин. Тим більше, що зі ст. 286 КПК випливає, що застосування звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише за наявності в особи статусу підозрюваного.

У світлі сказаного положення законопроекту про 10-денний строк, протягом якого мають відбутись відповідні розрахунки з державою, виглядає більш вдалим (принаймні на перший погляд) порівняно з існуючим станом справ. Вказівка на певний строк, коли ще можна сплатити податкове зобов'язання, фінансові санкції і пеню та уникнути в такий спосіб застосування кримінально-правової репресії, з одного боку, спонукатиме порушників податкового законодавства до того, щоб не затягувати розрахунки з державою, а, з іншого, дозволить їм відшукати фінансові ресурси, необхідні для виконання вимог КК.

Разом з тим наведені в законопроекті редакції ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК викликають зауваження.

По-перше, у цих редакціях, як і у відповідних частинах чинних редакцій ст. 212 і ст. 212-1 КК, штрафні санкції і пеня розглядаються як шкода, завдана державі несвоєчасною сплатою відповідних обов'язкових платежів, з чим погодитись не можна. Адже в складах злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК, майнова шкода виступає у формі несплаченого (недоплаченого) обов'язкового платежу, який фактично не надійшов до бюджету чи відповідного фонду. Хоч розміри пені і штрафних санкцій пов'язуються з величиною заподіяної шкоди як у кількісному, так і в часовому аспектах, заподіяна умисним ухиленням від сплати податкових та інших обов'язкових платежів шкода, з одного боку, та пеня і штраф, з іншого – це поняття, які не збігаються.

Пеня – це сума коштів у вигляді відсотків, нарахованих на суми податкових зобов'язань, не сплачених у встановлені законодавством строки. Пеня нараховується на суму податкового боргу після закінчення встановлених Податковим кодексом України (далі – ПК) строків погашення узгодженого грошового (податкового) зобов'язання. Фінансова санкція (штрафна санкція) – це плата у вигляді фіксованої суми та (або) відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи. Застосування фінансових санкцій, у зв'язку з чим платнику податків надсилається податкове повідомлення-рішення, не звільняє його від обов'язку сплатити до бюджету належні суми податків і зборів. Порядок нарахування пені регламентується главою 12 розділу II ПК, а застосування санкцій – ст. ст. 113–116 ПК.

Питання, пов'язані з обчисленням недоїмки при сплаті єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, а також нарахуванням у зв'язку з цим пені та застосуванням штрафних санкцій, вирішуються в ст. 25 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування». З цієї статті випливає, що штрафна санкція – це плата (у фіксованій сумі або у вигляді відсотків від несплачених, своєчасно несплачених чи донарахованих сум єдиного внеску), яка справляється уповноваженими органами з платників єдиного внеску за вчинення ними правопорушень. Пеня – це плата, що стягується з платників єдиного внеску у розмірі 0,1% від суми недоїмки за кожний день прострочення платежу. Пеня виступає як засіб забезпечення виконання платником покладених на нього страхових зобов'язань, а отже, її нарахування не має відношення до такої категорії, як шкода.

Разом з тим вказівка в ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК на сплату не лише податкового зобов'язання (зобов'язання зі сплати страхового внеску), а і пені і штрафних санкцій як на складову посткримінальної поведінки є виправданою. Розраховуючи на кримінально-правове заохочення, особа повинна усунути результати незаконно отриманих переваг у вигляді протиправного збільшення своїх доходів, компенсувати втрати держави, пов'язані з неотриманням у встановлений строк сум обов'язкових платежів, врешті-решт продемонструвати соціально корисними діями своє розкаяння. Тому наведені в законопроекті редакції ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК потребують відповідного редакційного уточнення.

Останнє стосується і такої обставини. Згідно з ПК як загальнодержавні, так і місцеві податки і збори зараховуються лише до відповідних бюджетів. У зв'язку з цим збереження в ст. 212 КК (включаючи її ч. 4) вказівки на ненадходження коштів до державних цільових фондів свідчить про неузгодженість кримінального і регулятивного (податкового) законодавства.

По-друге, законопроектом пропонується виключити з ч. 4 ст. 212-1 КК згадування про те, що на підставі цієї норми від кримінальної відповідальності звільняється лише та особа, котра вчинила ухилення від сплати страхових внесків уперше. Проте вказана заохочувальна норма (як і ч. 4 ст. 212 КК) покликана не тільки виконувати прагматичні завдання (наповнення бюджету чи цільових фондів грошовими надходженнями, зосередження зусиль правоохоронних органів на тяжких фінансових злочинах, трудомістких з погляду розслідування, продовження нормальної фінансово-господарської діяльності платників тощо), а і втілювати у фінансовій сфері профілактичну функцію. У випадку ж неодноразового застосування щодо одного і того самого правопорушника такої норми її сенс як профілактичного припису втрачається, оскільки особа демонструє стійку тенденцію, схильність до систематичних порушень фіскального законодавства. Тому виправданою видається вказівка в ч. 4 чинної редакції ст. 212-1 КК України на особу, яка вчинила злочин вперше.

Із зазначених міркувань подібною вказівкою бажано доповнити ч. 4 ст. 212 КК, водночас зробивши в ній застереження про те, що дія цієї норми (як і ч. 4 ст. 212-1 КК) не повинна поширюватись на того, хто раніше на її підставі звільнявся від кримінальної відповідальності і протягом певного строку (останній доцільно визначити з урахуванням строків давності) після вступу в законну силу рішення суду про звільнення від кримінальної відповідальності знову вчинив умисне ухилення від сплати податкових та інших обов'язкових внесків. Якщо цього не зробити, ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК відіграватимуть роль своєрідних каталізаторів фінансових злочинів: особа, яка за законом неодноразово не карається за вчинене ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів, схильна до того, щоб і надалі порушувати кримінальний закон. Аргументом на користь закріплення в ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК вказівки на вчинення злочину вперше може слугувати і те, що законопроект, хоч і не зовсім чітко, пропонує і надалі (як і чинний КК) виключати можливість застосування вказаних заохочувальних норм за наявності спеціального рецидиву.

По-третє, вадою запропонованих у законопроекті редакцій ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК є відсутність у цих нормах згадування про сприяння розкриттю та (або) розслідуванню злочину як складову (елемент) позитивної посткримінальної поведінки особи. Як наслідок, продовжуватиме мати місце невиправдана заниженість вимог при звільненні від кримінальної відповідальності, яка справедливо визнається фахівцями проявом невдалості конструювання заохочувальних норм, що дозволяє розцінювати заохочення вже не як добро, а як зло [6, с. 116; 7, с. 146]. Натомість законодавча вимога про обов'язкове сприяння розкриттю та (або) розслідуванню злочину спонукала б особу зайвий раз демонструвати конкретно соціально корисною поведінкою своє каяття у вчиненому, що можна було б розглядати як ще один аргумент на користь звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності.

На мій погляд, завдяки закріпленню в КК вказівок на зазначене сприяння і вчинення злочину вперше вдасться (принаймні частково) подолати негативне ставлення до ч. 4 ст. 212 КК і ч. 4 ст. 212-1 КК як до засобів елементарного «відкуп» від претензій з боку держави, норм, що анулюють превентивний вплив кримінально-правових заборон. Більш ефективно виконуватиметься і фіскальна задача заохочувальної норми. Адже можна очікувати, що пропонуване сприяння дозволить вийти за межі вже викритих епізодів злочинної діяльності і дасть змогу з'ясувати нові факти кримінально караних порушень податкового і соціального законодавства, що врешті-решт вплине і на розміри відшкодування заподіяної державі шкоди, а також сплачуваних фінансових санкцій та пені.

По-четверте, відповідно до законопроекту кошти мають бути сплачені не пізніше 10 календарних днів, наступних за днем вручення повідомлення про підозру особі, яка вчинила злочин. Вище така конкретизація кінцевої межі розрахунків з державою у контексті кримінально-правового заохочення розцінювалась мною як позитив законопроекту. Разом з тим хотів би відзначити з цього приводу таке.

Фактично і ч. 4 ст. 212, і ч. 4 ст. 212-1 КК розраховані на тих, «кому не повезло» і «кого схопили за руку». Згадані норми сформульовані таким чином, що проблеми подолання (зменшення) латентності фінансової злочинності вони не стосуються (точніше – майже не стосуються): 1) їхня дія поширюється на вже виявлені факти ухилення від сплати податкових і соціальних внесків; 2) у межах застосування цих норм особа не спо-

нукається до добровільного з'явлення із зізнанням і повідомлення про невідомі для правоохоронних органів факти злочинних порушень податкового і соціального законодавства. Але якщо чинні редакції ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК за наявності інших умов все ж охоплюють і такі випадки, то в разі ухвалення законопроекту цьому буде покладено край. Буквальне тлумачення словосполучення «не пізніше 10 календарних днів, наступних за днем вручення повідомлення про підозру...» (тобто «прив'язування» розрахунків до періоду, що розпочинається з моменту здійснення відповідної процесуальної дії) наводить на думку про неможливість застосування ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК, викладених в редакції законопроекту, до осіб, які сплачують відповідні кошти до повідомлення їм про підозру. Наскільки правильним є такий підхід?

До речі, доцільність ухвалення законопроекту в пояснювальній записці до нього аргументується, серед іншого, проголошенням Україною євроінтеграційного курсу державної політики. Якщо це так, то не зовсім зрозуміло, чому розробники законопроекту не ставлять питання про запозичення досвіду тих країн (Німеччина, Іспанія, США та ін.), які історично мають значно більший досвід кримінально-правової охорони податкових відносин і в законодавстві яких акцент зроблено не на фіскальній, а на, так би мовити, правоохоронній складовій заохочення – на своєчасності інформування компетентних органів про невідомі для них факти злочинних порушень податкового законодавства. Фактично вимагається, щоб внесення уточнених сум податкових платежів або повідомлення про вчинений раніше злочин було здійснено за власною ініціативою винної особи (наприклад, до початку проведення контрольних заходів, спроможних викрити кримінально карані порушення податкового законодавства), але в будь-якому разі не у зв'язку з тим, що уповноваженим органам стало відомо про злочин, вчинений конкретним платником податків [1, с. 594–597].

У разі ухвалення законопроекту особи, які вчинили ухилення від сплати податкових та інших обов'язкових внесків (як і потенційні порушники фіскального законодавства), знатимуть, що після того, як їх буде повідомлено про підозру у вчиненні злочину, передбаченого ст. 212 або ст. 212-1 КК, у них буде достатньо часу (до речі, у зауваженнях Київського національного університету імені Тараса Шевченка на законопроект пропонується встановити навіть не 10-денний, а 30-денний строк) для того, щоб, задіявши механізм, прописаний у ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК, уникнути кримінальної відповідальності за скоєний злочин. При цьому, з одного боку, у вказаних заохочувальних приписах не міститиметься жодних вимог, які б несли в собі якісь негативні наслідки для платника обов'язкових платежів чи винного (оскільки сплата недоїмки, пені та штрафних санкцій є обов'язком боржника незалежно від наявності або відсутності в діянні особи складу злочину), а, з іншого, закріплюватиметься чіткий обов'язок держави в особі суду звільнити від кримінальної відповідальності кожного, хто виконав умови, визначені в ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК.

Виходить, що наявність цих норм, викладених у редакції законопроекту (хоче ми цього чи ні), стимулюватиме податкову і страхову злочинність.

Думка про те, що викладення ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК у редакції законопроекту призведе до зниження превентивного впливу цих статей КК, висловлюється і в науковому висновку Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого на законопроект. Вказується на можливість збільшення кількості ухилень від сплати податків та інших обов'язкових платежів з боку осіб, які будуть розраховувати на те, що в разі їх викриття вони сплатять відповідні кошти та, як наслідок, будуть звільнені від кримінальної відповідальності.

У зауваженнях Комітету Верховної Ради України (далі – ВРУ) з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект стверджується, що передбачене останнім положення про 10-денний строк розрахунків, який спливатиме з дня, наступного за днем вручення особі, яка вчинила злочин, повідомлення про підозру, означає звуження можливостей правопорушника для реалізації ним кримінально-правового компромісу, гарантованого державою в ч. 4 ст. 212 КК. Зазначається, що стадія притягнення до кримінальної відповідальності закінчується обвинувальним вироком суду, і до цього моменту в особи, яка має право на застосування щодо неї ч. 4 ст. 212 КК, є можливість розраховатись з державою. Ініційоване ж законопроектом скорочення фактично кількомісячного строку для сплати податків, зборів і відшкодування шкоди до 10 днів створить більше можливостей для здійснення тиску на суб'єктів підприємницької діяльності та їхніх службових осіб.

На мою думку, унаслідок набрання чинності КПК 2012 р. граничний момент розрахунків з державою тим, хто воліє уникнути кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податкових внесків на підставі ч. 4 ст. 212 КК, змістився на більш ранню стадію (про це вже йшлося вище). Адже відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК притягнення до кримінальної відповідальності – це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Оскільки в ч. 4 ст. 212 КК йдеться про те, що особа має сплатити належні суми податків і зборів, а також пеню і фінансові санкції «до притягнення її до кримінальної відповідальності», це згідно з чинним кримінальним і кримінальним процесуальним законодавством має бути зроблено до моменту здійснення в порядку, визначеному КПК, повідомлення про підозру у вчиненні ухилення від сплати податків і зборів. І в цьому сенсі законопроект не скорочує, а, навпаки, продовжує (продлонгує) строк проведення розрахунків як одну з умов кримінально-правового заохо-

чення. Притягнення до кримінальної відповідальності як певна стадія кримінального переслідування, поняття якої знайшло чітке законодавче закріплення, не тотожне поняттю «кримінальна відповідальність»: остання настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. У літературі доведено, що поняття «до притягнення до кримінальної відповідальності» і «до повідомлення про підозру» є синонімами [5, с. 113].

Не сприймаючи, таким чином, розглянуте зауваження Комітету ВРУ з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності на законопроект, водночас відзначу, що це зауваження слугує аргументом на користь чіткого закріплення в заохочувальних нормах кінцевого моменту розрахунків з державою, адже суть цих норм має бути зрозумілою не лише для фахівців.

По-н'яте, неоднозначно сприймається вказівка законопроекту на «будь-яку особу», яка може сплатити відповідні кошти, аби той, хто вчинив злочинне ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів, міг бути звільнений від кримінальної відповідальності.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект можна прочитати, що його положення про сплату податків та інших обов'язкових платежів, пені і штрафних санкцій будь-якою особою суперечить основним кримінально-правовим принципам – індивідуалізації кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 KK) та індивідуалізації кримінального покарання (ст. 65 KK). Однак звільнення від кримінальної відповідальності, регламентоване, зокрема, Особливою частиною KK, немає підстав визнавати формою реалізації кримінальної відповідальності; тим більше, воно не стосується покарання. Тому наведене зауваження вважаю некоректним.

Буквальне тлумачення чинної редакції ч. 4 ст. 212 KK дозволяє стверджувати, що ця норма не може застосовуватись у тому разі, коли податки, збори, фінансові санкції і пеня сплачені не особисто службовою особою підприємства, установи чи організації, винуватою у вчиненні податкового злочину (за рахунок її власних коштів), а самою юридичною особою (від її імені). Хоча зрозуміло, що саме остання юридично є платником податків і зборів, на неї ж у разі вчинення податкового правопорушення накладаються фінансові санкції і пеня, а службова особа підприємства, установи, організації як суб'єкт злочину, передбаченого ст. 212 KK, не є платником обов'язкових платежів, які входять у податкову систему. Зроблений висновок поширюється навіть на ті випадки, коли злочин фактично вчинено в інтересах юридичної особи, оскільки кошти, що не сплачені як податки і збори, були використані на її потреби (розвиток виробництва, створення додаткових робочих місць, освоєння нових ринків тощо).

Сказане стосується і кримінально-правового компромісу в сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування (ч. 4 ст. 212-1 KK). Страхове законодавство чітко визначає тих платників, які зобов'язані сплачувати єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Перекладення цього обов'язку (навіть у межах позитивної посткримінальної поведінки) на фізичних осіб, які не є платниками відповідних внесків, виглядає не лише нелогічним, а і протиправним. Так, у ч. 9 ст. 25 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» чітко визначено, що передача платниками єдиного внеску своїх обов'язків з його сплати третім особам заборонена (щоправда, зроблено і застереження: крім випадків, передбачених законодавством). Штрафні санкції мають персоналізований характер і можуть застосовуватись виключно до платника єдиного внеску на (ч. 11 ст. 25 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування»).

Вивчення матеріалів практики показує, що суди, застосовуючи ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 KK, за загальним правилом, не з'ясовують те, за рахунок чиїх коштів було сплачено відповідні обов'язкові платежі, пеню та штрафні санкції.

За таких обставин спроба розробників законопроекту розв'язати позначену зловбоденну проблему за-слуговує на підтримку.

Свого часу одним із можливих варіантів розв'язання проблеми джерел сплати відповідних сум і способом легалізації усталеної практики, яка, на мій погляд, суперечить «букві» ч. 4 ст. 212 KK, я називав викладення цієї кримінально-правової норми в такій редакції, яка б не конкретизувала суб'єкта внесення до бюджету сум несплачених податкових платежів, штрафних санкцій і пені [1, с. 361, 363]. Судячи з наукового висновку Київського національного університету імені Тараса Шевченка на законопроект, такий варіант не відкидається окремими науковцями, які водночас пропонують уточнити, що внесення коштів іншою юридичною чи фізичною особою в цьому разі не повинне суперечити закону.

Наразі більш прийнятним вважаю інший підхід: вдосконалена ч. 4 ст. 212 KK повинна містити окрему (альтернативну) вказівку на службову особу, яка вжила заходів щодо сплати підприємством, установою, організацією податків і зборів, штрафних санкцій і пені. У такий спосіб буде не тільки вирішено проблему погашення (у межах застосування кримінально-правового компромісу) податкового боргу за рахунок коштів не службової особи – суб'єкта злочину, а юридичної особи – платника податків і зборів, а і наголошено на

тому, що для звільнення від кримінальної відповідальності винна особа мусить здійснити певні позитивні посткримінальні вчинки.

До речі, згідно з приміткою ст. 199 КК РФ особа, яка вперше вчинила злочин, передбачений цією статтею (йдеться про ухилення від сплати податків і (або) зборів з організації), а також ст. 199-1 КК РФ (невиконання обов'язків податкового агента), звільняється від кримінальної відповідальності, якщо такою особою або організацією, ухилення від сплати податків і (або) зборів з якої інкримінується цій особі, повністю сплачені суми недоїмки і пені, а також сума штрафу у розмірі, визначеному Податковим кодексом РФ. Як бачимо, російський законодавець чітко фіксує в заохочувальній нормі, що, не дивлячись на те, що суб'єктом названих злочинів є певна фізична особа, сплатити за неї податкові внески, штрафи і пеню може і юридична особа.

Як слушно зауважується в науковому висновку Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого на законопроект, його формулювання про сплату коштів «будь-якою особою» не виключає випадки, коли сплата коштів здійснюється всупереч волі особи, яка вчинила злочин, передбачений ст. 212 або ст. 212 КК. Виходить, що це формулювання характеризує не поведінку особи, яка претендує на звільнення від кримінальної відповідальності та яка змінила своє ставлення до вчиненого, а поведінку сторонньої особи.

Слід брати до уваги і те, що у зв'язку з істотним зростанням величини суспільно небезпечних наслідків як об'єктивної ознаки злочинного ухилення від сплати податкових внесків усе більш проблематичним стає погашення податкового боргу за рахунок власних коштів службової особи підприємства, установи, організації, як цього прямо вимагає чинний кримінальний закон. Узагалі, розмірковуючи над удосконаленням ч. 4 ст. 212 КК, бажано визначитись із призначенням цієї норми. Причому «дух» кримінально-правового компромісу в сфері оподаткування доцільно визначати за допомогою не податкових приписів, а тих чинників, які спонукали законодавця включити до КК спеціальну заохочувальну норму, розраховану на ухилення від сплати податків і зборів. Податкові наслідки погашення податкового боргу юридичної особи за рахунок коштів службової особи у вигляді включення останніх до об'єкта оподаткування юридичної особи не повинні враховуватись при з'ясуванні змісту ч. 4 ст. 212 КК як кримінально-правової норми.

Щодо «духу» кримінально-правового компромісу в сфері оподаткування, то тут, як видається, можливі варіанти:

1) згадана норма покликана передусім виконувати прагматичні завдання – наповнення бюджету коштами, «розвантаження» правоохоронних ресурсів держави, продовження нормальної фінансово-господарської діяльності платників податків тощо. У такому разі не має принципового значення, за рахунок чіх коштів погашено податковий борг, головне – результат. Однак логічним було б внесення відповідних сум юридичною особою, фінансові можливості якої є, як правило, більш потужними;

2) «карати гривнею» тих, хто вчинив злочинне ухилення від сплати податків і внесків і хто розраховує завдяки позитивній посткримінальній поведінці продемонструвати втрату суспільної безпеки своєї особи та, як наслідок, уникнути кримінально-правової репресії. За такого пріоритету має право на існування лише буквально прочитання ч. 4 ст. 212 КК – внесення коштів саме і тільки податковим злочинцем, і змінювати кримінальний закон у цій частині не потрібно.

До речі, якщо, займаючись тлумаченням ч. 4 ст. 212 КК, керуватись тільки нормами податкового законодавства, то ми безпідставно відмовлятимемо в звільненні від кримінальної відповідальності службовій особі підприємства, яка за рахунок власних коштів і від свого імені до повідомлення їй про підозру погасила податковий борг як наслідок вчиненого нею злочину, а також сплатила фінансові санкції і пеню в той час, як керівництво підприємства з тих чи інших причин не бажає повністю та оперативно розрахуватись з державою;

3) поєднувати перше і друге. За такого, вочевидь, найбільш прийняттого розуміння призначення ч. 4 ст. 212 КК вона потребує змін, які б допускали сплату податків і зборів, фінансових санкцій і пені за рахунок коштів як юридичної особи, так і її службової особи.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про доцільність викладення ч. 4 ст. 212 КК у такій редакції: «Особа, яка вперше вчинила злочин, передбачений цією статтею, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо до повідомлення їй про підозру або не пізніше 10 календарних днів, наступних за днем вручення їй повідомлення про підозру, вона внесла до бюджету належні податки і збори, штрафні санкції та пеню, а також сприяла розкриттю та (або) розслідуванню злочину. Якщо злочин вчинено службовою особою, вона звільняється від кримінальної відповідальності і в тому разі, коли вжила заходів щодо внесення підприємством, установою, організацією, ухилення від сплати податків і зборів з якого (якої) інкримінується цій службовій особі, вказаних сум до бюджету». У подібному компромісному ключі пропоную викласти і ч. 4 ст. 212-1 КК України.

1. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / передне слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького / О. О. Дудоров. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.

2. Брич Л. П. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні : монографія / Л. П. Брич, В. О. Навроцький. – К. : Атіка, 2000. – 288 с.
3. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М. І. Хавронюк. – К. : Істина, 2004. – 504 с.
4. Золотарьов А. І. Звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування за злочини у сфері господарської діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Золотарьов Анатолій Іванович. – К., 2008. – 23 с.
5. Куцевич М. П. Напрями вдосконалення спеціальних різновидів звільнення від кримінальної відповідальності : в аспекті узгодження матеріального та процесуального права / М. П. Куцевич // Наше право. – 2013. – № 13. – С. 110–114.
6. Гуторова Н. Проблеми депеналізації злочинів проти державних фінансів / Н. Гуторова // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 10. – С. 114–118.
7. Филимонов В. Д. Охранительная функция уголовного права / В. Д. Филимонов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 198 с.

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ СТРАХОВИХ ВНЕСКІВ¹

У ст. 46 Конституції України закріплено право громадян на соціальний захист, яке включає право на їх забезпечення у випадках, передбачених законом, та яке гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, інших джерел соціального забезпечення. Реалізація соціальної функції Української держави наразі серйозно ускладнена з огляду на погіршення демографічної ситуації і тінізацію економіки. Значна частина тіньового сектору утворена за рахунок використання найманої праці поза державним обліком і контролем. Так, за інформацією керівництва Державної фіскальної служби України, щомісячні тіньові зарплати, з яких не сплачуються страхові внески, становлять понад 20 млрд. грн., а 70–80 % бізнесменів або доплачують, або повністю виплачують зарплату своїм працівникам «у конвертах» [1].

За таких обставин перед кримінально-правовою наукою постає питання про пошук шляхів удосконалення і підвищення ефективності закріпленої у ст. 212-1 Кримінального кодексу України (далі – КК) заборони щодо ухилення від сплати страхових внесків, покликаної забезпечувати формування доходної частини системи загальнообов'язкового державного соціального страхування і тісно пов'язаної з україн нестабільним регулятивним законодавством. Варто вказати і на те, що, описуючи ознаки складу злочину «ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» і спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин, законодавець вирішив «не ламати голову» і фактично відтворив відповідні характеристики ухилення від сплати податків і зборів, караного за ст. 212 КК. Давати аргументовану і кваліфіковану відповідь на питання, наскільки доречним є такий варіант оптимізації кримінального законодавства, як і визначати шляхи подальшого його удосконалення, покликані наукові дослідження. Найбільш помітний внесок у розроблення вказаної проблематики в Україні зробили В.С. Кошевський [2] і Д.Ю. Степаненко [3] у межах підготовлених ними і захищених дисертацій.

Однак перед тим, як розглянути ініційовані згаданими авторами пропозиції *de lege ferenda*, хотілось би констатувати відсутність у кримінальному законодавстві переважної більшості країн світу спеціальних заборон, аналогічних ст. 212-1 вітчизняного КК, а так само неоднозначність зарубіжного досвіду в частині охоплення складами податкових злочинів порушень порядку адміністрування соціальних платежів. Підтвердженням того, що страхові внески можуть набувати вигляду податків, слугує досвід Франції (внески на соціальне страхування вже тривалий час розглядаються як форма оподаткування), ФРН (страхові внески визнаються спеціальними податками, введеними законодавством, відмінним від фінансового, – податками із соціального страхування), а також РФ (щоправда, чіткості з питання, чи охоплюються зловживання із страховими внесками диспозиціями норм КК РФ про відповідальність за податкові злочини, в російській юридичній літературі не спостерігається). Розмірковуючи над питанням, чи не варто і в Україні взяти на озброєння позбавлений казуїстики підхід законодавців, наприклад, Латвії, Чехії і Хорватії, які відповідальність за ухилення від сплати податків і за ухилення від сплати прирівняних до них соціальних платежів передбачають у межах однієї кримінально-правової норми, відзначу, що виокремлення в 2005 р. у нашому КК ст. 212-1 було зумовлене розвитком регулятивного законодавства у напрямі виключення соціальних внесків із системи оподаткування.

Вважається, що, на відміну від податків, соціальні платежі, різновидами яких виступають згадані у ст. 212-1 КК України єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (далі – ЗДСС) і страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (далі – ЗДПС), мають не стільки фіскальну, скільки компенсаційну природу і розглядаються як відкладена частина оплати праці для матеріального забезпечення у випадку настання страхового випадку – нещасного випадку на виробництві, професійного захворювання, безробіття, досягнення пенсійного віку, тимчасової непрацездатності тощо. У сучасній фінансово-правовій літературі страхові внески об'єднуються в інститут доходів централізованих державних (публічних) фондів, відмінний як від інституту податкового права, так і від інституту неподаткових доходів бюджету. Не будучи включеними до складу системи оподаткування, страхові внески визнаються особливим видом обов'язкових доходів, пов'язаним із реалізацією соціальної функції держави, матеріальною гарантією соціального забезпечення конкретної особи в разі настання соціального ризику і джерелом коштів солідарної системи у соціальному страхуванні [4, с. 87–97]. Порядок нарахування, обчислення та сплати страхових внесків суттєво відрізняється від порядку нарахування, обчислення та сплати податків і зборів.

Цілком зрозуміло, що запровадження єдиного соціального внеску із включенням останнього у систему оподаткування (а така ідея головним чином у контексті зменшення фіскального навантаження на фонд оплати

¹ Стаття опублікована: Фінансове право. – 2014. – № 3. – С. 7–13.

праці періодично обговорюється в Україні) викличе зміни в кримінально-правовій матерії в частині регламентації відповідальності за злочини проти системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування. Диспозиція ст. 212-1 КК (як і ст. 212 КК) є бланкетною, а кримінально-правова оцінка порушень відповідного регулятивного законодавства носить чітко виражений похідний характер. При цьому лише фахівці з фінансового права можуть і повинні підтвердити або, навпаки, спростувати правильність тези про те, що об'єднання страхових внесків в єдиний соціальний внесок (варіант – податок) призведе до змішування оподаткування та соціального страхування як різних за економічною і правовою природою механізмів і підірве основу становлення інституту соціального страхування.

Поділяючи положення про соціально-правову зумовленість виокремлення кримінально-правової заборони щодо ухилення від сплати страхових внесків, покликаної охороняти відмінну від системи оподаткування систему загальнообов'язкового державного соціального страхування, водночас зауважу, що чинна редакція цієї заборони не позбавлена вад, у зв'язку з чим пропоную зосередити увагу на висвітленні та аналізі спрямованих на їх усунення доктринальних пропозицій.

1. Зміна описання злочинного діяння. Останнє у чинній редакції ст. 212-1 КК позначається за допомогою такого вельми неоднозначного («гумового») терміну, як ухилення. Щодо змістовної наповнюваності законодавчого звороту «ухилення від сплати» фахівці – як теоретики, так і практики (не кажучи вже про пересічних платників обов'язкових внесків) висловлюють діаметрально протилежні судження. Зокрема, залишається відкритим питання, чи передбачає ухилення від сплати податків, зборів, а також ухилення від сплати єдиного внеску на ЗДСС і страхових внесків на ЗДПС застосування обману як способу вчинення цих злочинів. Багато вітчизняних криміналістів переконані в тому, що «ухиленню» та подібним до нього термінам не місце в кримінальному законі, позаяк останній має бути максимально чітким і визначеним.

На мій погляд, використання терміну «ухилення» в диспозиціях статей 212 і 212-1 КК призводить до неможливості чіткого розмежування злочинної та незлочинної поведінки (зокрема, в частині правомірної оптимізації оподаткування), суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності, не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати, зокрема, свої обов'язки, істотно ускладнює виконання кримінальним законом такого завдання, як запобігання злочинам. С.Г. Пепеляєв слушно називає невизначеність складів податкових злочинів і тенденційність у тлумаченні їх ознак виявом ідеології насильства, примату держави над особою, влаштуванням соціального експерименту, за якого коло криміналізованих діянь заздалегідь невідоме, і законодавець про всяк випадок не обмежує правозастосувача при визначенні і тлумаченні ознак таких діянь [5, с. 202]. Хоч ст. 212-1 КК не має відношення до податкового регулювання, наведена точка зору видається цілком прийнятною і для передбаченого нею складу злочину.

З урахуванням сказаного складно погодитись із використанням у диспозиції ч. 1 ст. 212-1 КК традиційного формулювання «умисне ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [2, с. 188]. Натомість у другій з аналізованих дисертаційних робіт висувається пропозиція описати злочинне діяння у ст. 212-1 КК більш конкретно, позначивши його як умисне порушення порядку нарахування, обчислення або сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи збору на обов'язкове державне пенсійне страхування [3, с. 61, 114]. Стверджується, що використання такого формулювання, з одного боку, значно покращило б розуміння змісту цієї кримінально-правової норми (зокрема, стало б зрозуміло, що приписами ст. 212-1 КК охоплюються як дії, так і бездіяльність винного), а, з іншого, прямо наголошувало б на тому, що йдеться виключно про протиправні вчинки особи. Крім того, пропоноване позначення злочинного діяння дозволило б чітко здійснювати відмежування складу злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, від складу адміністративного правопорушення, описаного в ст. 165 КпАП України.

Водночас відзначається, що ухилення від сплати єдиного внеску на ЗДСС і страхових внесків на ЗДПС, вчинене із застосуванням обману, характеризуються підвищеною суспільною небезпекою, яка обумовлена тим, що особа, котра його застосовує, крім порушення встановленого законом порядку нарахування, обчислення та сплати страхових внесків і спричинення суспільно небезпечних наслідків, приховує від компетентних державних органів інформацію, необхідну для правильного нарахування цих внесків, або включає до документації завідомо неправдиві відомості з метою несплати чи сплати не в повному обсязі того чи іншого страхового внеску. Тому в межах ч. 3 ст. 212-1 КК пропонується передбачити таку особливо кваліфікуючу ознаку злочину, як вчинення його із застосуванням обману [3, с. 112, 117].

На мій погляд, приховування або перекручення відповідних відомостей (у випадку зі страховими внесками це може бути, наприклад, неповідомлення про використання найманої праці та, відповідно, про здійснювані суми виплат, повідомлення неправдивої інформації – щодо видів економічної діяльності страхувальника, щодо справжнього розміру здійснюваних ним виплат, щодо наявності у підприємства підстав для застосування пільгових ставок для нарахування, обчислення та сплати страхових внесків) має відігравати роль

криміноутворюючої ознаки – поведінки, яка перетворює правопорушення належного суб'єкта у суспільно небезпечне діяння, що потребує кримінально-правового реагування. Йдеться про випадки, коли особи, на яких покладено обов'язок здійснювати нарахування, обчислення та сплату страхових внесків, не лише порушують відповідний порядок, а і вчиняють діяння, спрямовані на те, щоб взагалі не сплачувати (повністю або частково) страхові внески.

Якщо ж відома сума, що підлягає стягненню, держава має достатні засоби для того, щоб отримати її незалежно від бажання або небажання платника страхових внесків. Фактично цю обставину визнає і автор розглядуваної законодавчої пропозиції, який пише, що ухиленню від сплати страхових внесків, вчиненому без застосування обману, притаманний «відносно невеликий ступінь суспільної небезпеки», адже йдеться не стільки про «ухилення», скільки про «відстрочку» у здійсненні відповідних платежів. Це пояснюється тим, що за відсутності обману компетентні органи без істотних проблем можуть здійснити нарахування відповідних внесків і звернутися з вимогою про їх сплату, яка є виконавчим документом, тобто підлягає примусовому виконанню згідно з виконавчим законодавством. У випадку, коли винна особа не реагує на відповідні вимоги, уповноважений державний орган може звернутися до суду з позовом про стягнення суми недоїмки, штрафів і пені [3, с. 65].

При бажанні наведені міркування щодо суспільної небезпеки різних проявів ухилення від сплати страхових внесків можна охарактеризувати як суперечливі. Адже, з одного боку, говориться про незначну суспільну небезпеку ухилення, не поєднаного з обманом, з іншого, вказується на те, що не визнавати його злочином підстав немає (з причини існування аморфного терміну «ухилення»). Водночас при висвітленні проблем криміналізації діяння, передбаченого ст. 212-1 КК, зазначається, що «єдиною підставою криміналізації діянь є відповідний ступінь та характер їх суспільної небезпеки» [2, с. 26]. З огляду на це, непереконливим є обґрунтування необхідності існування кримінальної відповідальності за діяння «з відносно невеликим ступенем суспільної небезпеки» з причини певної термінологічної аморфності. На мою думку, в разі, коли держава не лише не отримує належних надходжень, а і позбавляється можливості стягнути їх примусово (без застосування прийомів оперативно-розшукової діяльності), варто вести мову про те, що така поведінка платника є суспільно небезпечною і, відповідно, такою, що потребує криміналізації. Цікаво, що дореволюційний дослідник А.О. Ісаєв висловлювався у подібному дусі: «...скрытие дохода или имущества есть обман, который и должен подлежать уголовной каре» [6, с. 265].

Таким чином, обман у вигляді введення уповноважених державних органів в оману або залишення їх у невіданні має виступати ознакою основного, а не кваліфікованого складу злочину, передбаченого удосконаленою ст. 212-1 КК. Видається, що пропонований підхід узгоджується з призначенням кримінального права як знаряддя реагування на найбільш небезпечні для особи, суспільства і держави посягання. Як відомо, принцип економії кримінально-правової репресії передбачає, що звертатись до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто лише у тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї. До того ж сам по собі факт констатації підвищеної суспільної небезпеки певного способу вчинення злочину не означає необхідності визнання його саме кваліфікуючою ознакою відповідного злочину. Щодо назви поліпшеної редакції ст. 212-1 КК, то висловлю припущення, що використання у ній терміну «шахрайство» дозволило б акцентувати увагу і правозастосовних органів, і потенційних порушників регулятивного законодавства на обмані держави як ключовій характеристиці складу відповідного злочину.

2. Зміна описання суспільно небезпечних наслідків. Згідно з чинною редакцією ст. 212-1 КК кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на ЗДСС і страхових внесків на ЗДПС настає лише в тому випадку, коли це діяння призвело до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у значних, великих або особливо розмірах (відповідно, ч. 1, ч. 2 і ч. 3 ст. 212-1 КК). Таке рішення законодавця загалом видається правильним, адже встановлення конкретної майнової шкоди дозволяє відмежувати випадки незначних порушень страхового законодавства від суспільно небезпечних діянь, що призводять до ненадходження серйозних сум до фондів соціального страхування, а отже, становлять небезпеку для всієї системи соціального страхування України.

Щоправда, такий підхід не поділяється В.С. Кошевським, котрий, розмірковуючи над суспільно небезпечними наслідками, про які йдеться у ст. 212-1 КК, зазначає, що «з метою удосконалення чинного законодавства України про кримінальну відповідальність та приведення його до європейського рівня пропонуємо посилити кримінальну відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування шляхом формалізації ст. 212-1 КК України» [2, с. 60]. З приводу цієї пропозиції хотілося б зауважити таке.

По-перше, «формалізація ст. 212-1 КК» не має нічого спільного з виключенням із диспозиції цієї статті вказівки на суспільно небезпечні наслідки. У кримінальному праві під формалізацією певної норми зазвичай розуміють ступінь деталізації ознак складу злочину, описуваного нею. З юридичною термінологією варто поводитись більш обережно. Можна лише припустити, що малось на увазі перетворення передбаченого ч. 1

ст. 212-1 КК складу злочину у формальний. При цьому чомусь не пропонується із примітки до ст. 212-1 КК усунути вказівку на те, що слід розуміти під значним розміром несплачених сум страхових внесків.

По-друге, цілком очевидно, що з виключенням з диспозиції ст. 212-1 КК вказівки на суспільно небезпечні наслідки жодного посилення кримінальної відповідальності не відбудеться. Відбудеться інше – криміналізація і такого ухилення від сплати відповідних соціальних внесків, що не призвело до наслідків, зазначених у чинній редакції ст. 212-1 КК. Висуненню пропозицій, спрямованих на перетворення складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК, із матеріального у формальний, мав би передувати всебічний аналіз такого серйозного законодавчого кроку під кутом вироблених доктриною принципів криміналізації.

По-третє, у переважній більшості зарубіжних країн (особливо пострадянських), законодавство яких передбачає кримінальну відповідальність за вчинення аналогічних діянь, як справедливо зазначає і сам В.С. Кошевський [2, с. 47–60], для настання такої відповідальності вимагається настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді певної шкоди відповідним фондам чи бюджетам (залежно від специфіки адміністрування соціальних внесків).

По-четверте, формулювання диспозиції ч. 1 ст. 212-1 КК у спосіб, запропонований вище, призведе до навряд чи обґрунтованої криміналізації таких діянь, які не становлять і не можуть становити суспільної небезпеки. Наприклад, якщо виходити з аналізованих змін і уявити, що законодавець їх сприйме, то виявиться, наприклад, що умисна затримка на один день із перерахуванням 5, 20 чи 100 грн. у вигляді страхових внесків тягнути кримінальну відповідальність. Але ж це абсурд.

Аргументуючи свою пропозицію, В.С. Кошевський, зокрема, пише, що «при мінливості законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування можуть виникнути певні труднощі з встановленням моменту сплати страхових внесків для різних категорій платників таких внесків, а отже і встановленні моменту настання злочинного наслідку при ухиленні від сплати» [2, с. 105]. Але навіть якщо склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК, стане формальним, для встановлення моменту закінчення цього злочину необхідно буде визначати кінцевий момент сплати страхових внесків, закріплений регулятивним законодавством.

Виходячи з того, що суми несплачених страхових внесків дозволяють не лише диференціювати кримінальну відповідальність за ухилення від їх сплати, а і відмежувати злочинні порушення соціального законодавства від незлочинних, Д.Ю. Степаненко (автор другої з аналізованих дисертацій) з питання про розміри суспільно небезпечних наслідків як ознаки злочинного ухилення від сплати єдиного внеску на ЗДСС чи страхових внесків на ЗДПС фактично відтворює підхід вітчизняного законодавця. Під коштами у значних розмірах у ст. 212-1 КК пропонується розуміти суми відповідних внесків, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законом неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під коштами у великих розмірах – суми, які в три тисячі та більше разів перевищують вказаний мінімум, а під коштами в особливо великих розмірах – суми, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують такий мінімум [3, с. 185–186].

Така позиція змушує в черговий раз констатувати невіршеність притаманної чинному КК фундаментальної проблеми, яку можна позначити як довільність і відсутність уніфікації показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів у сфері господарської діяльності. Звертає на себе увагу та обставина, що науковці, демонструючи відсутність системного підходу, не йдуть з цієї проблеми далі законодавця. Досліджуючи один або кілька «своїх» складів злочинів і пропонуючи для них абсолютно різні величини шкоди, криміналісти, як правило, особливо не переймаються виробленням єдиних підходів до визначення суспільно небезпечних наслідків злочинів у сфері господарської діяльності. Проте оптимізація відповідних параметрів, набуваючи вигляду їх уніфікації, має бути комплексною й охоплювати весь розділ VII Особливої частини КК. Існуючу ситуацію з виробленням обґрунтованих вартісних критеріїв злочинності діянь у сфері господарської діяльності можна зрозуміти (але не виправдати): для вироблення цих критеріїв необхідним є проведення серйозних кримінологічних та емпіричних досліджень. Інакше кажучи, маємо справу з одним із тих випадків, коли «метод розумної голови» фахівця з кримінального права для конструювання кримінально-правових заборон не може бути ефективним. Без проведення вказаних досліджень навряд чи вдасться подолати згадану довільність кількісних показників суспільної небезпеки господарських злочинів; також не буде дотримана чи не найактуальніша щодо економічних злочинних посягань вимога – вимога соціальної обумовленості кримінального закону.

Повертаючись до питання описання суспільно небезпечних наслідків у ст. 212-1 КК, слід зазначити, що в цій кримінально-правовій нормі вказується на фактичне ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування. Така законодавча вказівка видається не зовсім коректною. Адже згідно з чинним законодавством України: 1) платники страхових внесків сплачують їх не безпосередньо до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а на рахунки уповноважених державних органів (органом, уповноваженим здійснювати адміністрування єдиного внеску на ЗДСС, є на сьогодні Державна фіскальна служба України [7], а страхових внесків на ЗДПС – Пенсійний фонд України [8]); 2) розподіл коштів, акумульованих на цих рахунках, за видами загальнообов'язкового державного соціального страхування здійснюється автоматично не пізніше наступного операційного дня після їх зарахування.

Із цього випливає, що факт ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування залежить не лише від діяльності (бездіяльності) винного, а і від правильної та своєчасної діяльності уповноважених державних органів. За таких обставин вказівка у ст. 212-1 КК України на фонди загальнообов'язкового державного соціального страхування є зайвою і такою, що може ускладнити правильне застосування цієї кримінально-правової заборони. Крім того, не слід забувати про те, що страхове законодавство характеризується значним рівнем мінливості, динамічністю у своєму розвитку, а тому не виключено, що вже найближчим часом відповідні внески будуть сплачуватися не до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а до інших адресатів. Кримінальне ж законодавство не враховуватиме цього, а тому потребуватиме чергових змін. За таких обставин заслуговує на підтримку пропозиція Д.Ю. Степаненка виключити з диспозиції ч. 1 ст. 212-1 КК слова «до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування» [3, с. 81–82, 180–181].

Характеризуючи суспільно небезпечні наслідки як одну з обов'язкових ознак об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, не можна не звернути увагу на вельми дискусійну пропозицію В.С. Кошевського виключити з КпАП України статті 165-2, 165-3, 165-4 і 165-5 [2, с. 104–105, 149, 188–189].

По-перше, якщо вже і визнавати злочином ухилення від сплати єдиного внеску на ЗДСС і страхових внесків на ЗДПС у будь-якому, навіть мінімальному розмірі, з чим я, як вже зазначалось, не погоджуюсь, то з КпАП України з метою усунення колізії треба виключати не ст. 165-2 «Порушення порядку формування та застосування цін і тарифів», а ст. 165-1 «Порушення законодавства про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», якою встановлено відповідальність у тому числі за несплату єдиного внеску на ЗДСС і страхових внесків на ЗДПС. Щоправда, повністю виключати з КпАП України ст. 165-1 не можна, оскільки вона передбачає відповідальність не лише за ті порушення законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, які означають несплату страхових внесків. Сказане стосується, наприклад, порушення встановленого порядку використання та здійснення операцій з коштами накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування.

По-друге, статті 165-3, 165-4 і 165-5 КпАП України визнають правопорушеннями ті різновиди поведінки, що стосуються грошових сум, які вже надійшли до належного адресата, і не спроможні спричинити суспільно небезпечні наслідки у вигляді фактичного ненадходження коштів у значному розмірі як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК України. У цих адміністративно-правових нормах говориться про порушення певними особами порядку використання коштів загальнообов'язкового державного соціального страхування, несвоєчасне або неповне їх повернення, подання недостовірних відомостей про використання цих коштів тощо.

3. Уточнення заохочувальної норми. Запровадження кримінально-правового заохочення у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування (це заохочення уособлює ч. 4 чинної редакції ст. 212-1 КК) є виправданим кроком законодавця, який дозволяє досягати соціально значущих результатів у боротьбі з ухиленням від сплати єдиного внеску на ЗДСС чи страхових внесків на ЗДПС без застосування кримінально-правового примусу.

В.С. Кошевський пропонує викласти ч. 4 ст. 212-1 КК у такій редакції: «Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, відшкодувала шкоду, завдану фондам загальнообов'язкового державного соціального страхування їх несвоєчасною сплатою (штрафні санкції, пеня), а також сприяла розкриттю та (або) розслідуванню злочину» [2, с. 118, 149–150, 188]. Як бачимо, за винятком додаткової вказівки на сприяння розкриттю та (або) розслідуванню злочину, наведена редакція заохочувальної норми не відрізняється у кращий бік від чинної редакції ч. 4 ст. 212-1 КК.

Так, пеня і штрафні санкції розглядаються у ній як складові шкоди, заподіяної несвоєчасною сплатою страхових внесків, з чим погодитись складно. Адже у складах злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, майнова шкода виступає у формі несплаченого (недоплаченого) обов'язкового внеску, тобто шкода у цьому разі тожджна заподіяним суспільно небезпечним наслідкам, які, з огляду на примітку до ст. 212-1 КК, обчислюються без урахування штрафних санкцій і пені. Крім того, штрафна санкція – це плата, яка справляється з платників єдиного внеску на ЗДСС за вчинення ними страхових правопорушень, а пеня – це плата, що стягується з платників єдиного внеску на ЗДСС у розмірі 0,1% від суми недоїмки за кожний день прострочення платежу. Отже, ні штрафні санкції, ні пеня, про які йдеться у ч. 4 ст. 212-1 КК, всупереч буквальному розумінню цієї норми не є «шкодою, завданою фондам загальнообов'язкового державного соціального страхування». Тому заслуговує на підтримку пропозиція виключити з тексту ч. 4 ст. 212-1 КК слова «а також відшкодувала шкоду, завдану фондам загальнообов'язкового державного соціального страхування їх несвоєчасною сплатою (штрафні санкції, пеня)», замінивши їх словами «штрафні санкції та пеню» [3, с. 166, 177, 183–184].

Запропонована В.С. Кошевським редакція ч. 4 ст. 212-1 КК також не вносить ясності з вельми дискусійного питання, хто з погляду застосування цієї заохочувальної норми має відшкодовувати заподіяну злочином шкоду

і сплачувати пеню та штрафні санкції у випадку, коли платник страхових внесків не збігається з особою, яка притягується до кримінальної відповідальності (типовий приклад: платником страхових внесків є юридична особа, а підозрюваним у вчиненні аналізованого злочину – її керівник). Не буде перебільшенням стверджувати, що найбільшою вадою чинних редакцій частин четвертих статей 212 і 212-1 КК є те, що в них не уточнюється, хто саме повинен сплатити відповідні податки, збори чи страхові внески, а також штрафні санкції та пеню.

De lege lata, вочевидь, треба визнати, що для реалізації заохочувальних норм, якими є як ч. 4 ст. 212 КК, так і ч. 4 ст. 212-1 КК, всі суми несплачених внесків, штрафи та пеня мають сплачуватися саме тією особою, щодо якої вирішується питання про звільнення її від кримінальної відповідальності, а це порушує принципи справедливості та рівності громадян перед законом, а також не відповідає змісту регулятивного законодавства у сфері соціального страхування. Якщо ж говорити про бажану для суспільства та держави ситуацію щодо умов спеціального звільнення від кримінальної відповідальності, слід виходити з того, що: 1) якщо службова особа вживає всіх необхідних і достатніх заходів щодо фактичної сплати юридичною особою єдиного внеску на ЗДСС чи страхових внесків на ЗДПС, а також штрафних санкцій і пені (ліквідація суспільно небезпечних наслідків протиправного діяння), цей злочин фактично втрачає суспільну небезпеку, а ця службова особа заслуговує на «прощення» з боку держави; 2) страхове законодавство чітко визначає, що передача платниками єдиного внеску на ЗДСС своїх обов'язків з його сплати третім особам заборонена, крім випадків, передбачених законодавством; не варто забувати і про те, що штрафні санкції мають персоніфікований характер і можуть застосовуватися виключно до платника єдиного внеску на ЗДСС; 3) суми єдиного внеску на ЗДСС та страхових внесків на ЗДПС, які не надійшли до відповідних фондів у результаті вчинення злочинів, описаних у ч. 1 і ч. 2 ст. 212-1 КК, знаходяться в діапазоні від однієї тис. до п'яти тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що станом на 2014 р. складає суму від 609 тис. до 3 млн. 45 тис. грн. (і це без пені та штрафних санкцій), що складає величезну (щоб не сказати – «не підйомну») для звичайного директора чи бухгалтера підприємства суму.

Отже, в удосконаленій ч. 4 ст. 212-1 КК (як і в ч. 4 ст. 212 КК) має йтися не про особисту сплату службовою особою тих чи інших внесків, пені та штрафів, а про вжиття нею всіх необхідних заходів щодо їх сплати юридичною особою – платником відповідних внесків. У зв'язку з цим слушною вважаю пропозицію наприкінці ч. 4 ст. 212-1 і ч. 4 ст. 212 КК України розмістити такий зворот: «або якщо це службова особа юридичної особи – вжила всіх заходів щодо сплати цією юридичною особою вказаних сум» [3, с. 169–170, 184].

Залишається відкритим і питання про доречність використання у тексті аналізованої заохочувальної норми звороту «до притягнення до кримінальної відповідальності». Тут доречно нагадати, що в теорії кримінального права вважалось, що вказівка у частинах четвертих ст. 212 і ст. 212-1 КК на момент притягнення до кримінальної відповідальності як на кінцевий строк, коли ще можна сплатити податки і збори, страхові внески, а також фінансові санкції і пеню та уникнути у такий спосіб застосування кримінально-правової репресії, з одного боку, спонукала порушників податкового (страхового) законодавства до того, щоб не затягувати розрахунки з державою (фондами), а, з іншого, дозволяла їм відшукати матеріальні ресурси, необхідні для виконання вимог КК. Під час дії попереднього КПК доктрина і практика, з'ясовуючи зміст згаданого звороту, брали до уваги відповідне рішення Конституційного Суду України [9]. Однак у зв'язку з ухваленням КПК України 2012 р. [10] граничний момент розрахунків з державою тим, хто воліє уникнути кримінальної відповідальності за ухилення від сплати страхових внесків на підставі ч. 4 ст. 212 КК-1, змістився: він «перемістився» на більш ранню стадію кримінального процесу (а якщо бути точнішим, то на початкову стадію). Тобто якщо за раніше чинним кримінально-процесуальним законодавством в особи, котра вчинила злочин, передбачений ч. 1 або 2 ст. 212-1 КК, між моментом виявлення факту вчинення цього злочину та моментом пред'явлення їй обвинувачення проходив певний проміжок часу (як правило, не менше місяця), який особа могла використати для виконання вимог ч. 4 ст. 212-1 КК, то з набранням чинності КПК України 2012 р. цього часу у правопорушника фактично не стало.

Видається, що зміна змістовного наповнення законодавчого звороту «притягнення до кримінальної відповідальності» стимулюватиме своєчасність позитивної посткримінальної поведінки, сприятиме більш оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати страхових внесків. З іншого боку, процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення у тому вигляді, в якому вона виписана у ст. ст. 276–278 КПК, здатна унеможливити застосування ч. 4 ст. 212-1 КК, як і інших заохочувальних приписів чинного КК, в яких вживається словосполучення «до притягнення до кримінальної відповідальності», або щонайменше поставити долю цих приписів у повну залежність від розсуду правозастосувача. Річ у тім, що нормативно не врегульоване питання про часові межі (строки) повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення дозволяє слідчому «за необхідності» маніпулювати цими строками, а тому утворює чергову лазівку корупційного плану.

Ураховуючи процесуальну особливість процедури повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, а також беручи до уваги те, що ч. 4 ст. 212-1 КК, з одного боку, має ефективно

виконувати профілактичну функцію та сприяти зменшенню витрат на розкриття та розслідування відповідних злочинів, а, з іншого, не стимулювати «страхову» злочинність, Д.Ю. Степаненко пропонує кінцевий момент, до якого особа може сплатити страхові внески, штрафні санкції та пеню, щоб мати можливість бути звільненою від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 212-1 КК, встановити як момент внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинення відповідного злочину [3, с. 156–157, 176, 183].

Очевидно, що така пропозиція зумовлена бажанням її автора прив'язати момент, до якого особа має вчинити бажану для держави поведінку, до чітко визначеної процесуальними документами дії чи стадії, а також розумінням того, що цей момент має бути максимально близьким до початкових етапів кримінального провадження, щоб стимулювати розрахунки з державою тим, хто порушив кримінально-правову заборону та злочинно ухилився від сплати страхових внесків. На підтримку зазначеної пропозиції можна вказати і те, що кримінальний закон (включаючи його заохочувальні норми, покликані виконувати профілактичну функцію) має бути чітким і зрозумілим не лише для юристів, а і самих платників відповідних страхових внесків (податків і зборів), їх службових осіб.

Разом з тим передбачення у КК формулювання «внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинення відповідного злочину» певним чином «засмічує» текст кримінального закону, робить його залежним від інших законів. Все ж бажано прагнути до більш узагальнених формулювань кримінального закону, які б глибше відображали суть явища і були максимально незалежними від сторонніх змін (у цьому разі – від змін у КПК). Крім того, слід мати на увазі, що внесення відповідних відомостей до вказаного Реєстру не означає початок кримінального переслідування конкретної особи. У правовому сенсі початок кримінального провадження не є адекватним колишньому порушенню кримінальної справи. Внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинення кримінального правопорушення значною мірою є технічною операцією, яка полягає у фіксації інформації про наявність обставин, які можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Лише після внесення інформації до Реєстру починається її перевірка. Не викликає сумнівів і те, що формулювання заохочувальних норм, які містяться у КК, мають бути, по можливості уніфіковані, зокрема, з питання про часові межі вчинення певної позитивної, посткримінальної поведінки, яка дозволяє ставити питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Таким чином, доктриною напрацьовані достатньою мірою цікаві, аргументовані і змістовні пропозиції, спрямовані на удосконалення кримінального законодавства про відповідальність за ухилення від сплати страхових внесків. Частина цих пропозицій розглянута вище. Проведене дослідження також схиляє до думки про те, що для кваліфікованого розв'язання проблем, пов'язаних із кримінально-правовим забезпеченням охорони системи загальнообов'язкового державного соціального страхування, вельми бажаним є об'єднання зусиль фахівців з різних галузей права (передусім кримінального і фінансового).

1. До 80 % зарплат в Україні платять в конвертах, – фискальна служба [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://censor.net.ua/news/306113/do_80_zarplat_v_ukraine_platyat_v_konverte_fiskalnaya_slujba.
2. Кошевський В. С. Кримінально-правова характеристика ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Кошевський Віталій Станіславович. – К., 2013. – 249 с.
3. Степаненко Д. Ю. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Степаненко Дмитро Юрійович. – К., 2014. – 263 с.
4. Пришва Н. Ю. Публічні доходи : поняття та особливості правового регулювання : монографія / Н. Ю. Пришва. – К. : КНТ, 2008. – 198 с.
5. Пепеляев С. Г. Налоги : реформы и практика / С. Г. Пепеляев. – М. : Статут, 2005. – 287 с.
6. Исаев А. А. Очерк теории и политики налогов / А. А. Исаев. – М. : ООО «ЮрИнфоР-Пресс», 2004. – 270 с.
7. Про Державну фіскальну службу України : постанова Кабінету Міністрів України від 21 травня 2014 р. № 236 // Урядовий кур'єр. – 8 липня 2014 р. – № 120.
8. Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України : постанова Кабінету Міністрів України від 23 липня 2014 р. № 280 // Урядовий кур'єр. – 2 серпня 2014 р. – № 139.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) : від 27 жовтня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9339>.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

ПРО ЕКСТЕРИТОРІАЛЬНУ ДІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ США НА ПРИКЛАДІ СПРАВИ ПРО ПОДАТКОВИЙ ЗЛОЧИН¹

Система оподаткування України, перебуваючи наразі на стадії становлення, потребує подальшого вдосконалення для досягнення її відповідності ринковим реаліям сьогодення. Не можна нехтувати і тим фактом, що сучасний розвиток глобального економічного середовища сприяє зближенню різних правових систем. З огляду на складність, об'ємність і нерідко колізійність норм вітчизняного податкового законодавства, а також труднощі застосування положень Податкового кодексу України і зумовлені цим проблеми кримінально-правової оцінки податкових порушень, існує нагальна потреба в системному дослідженні зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії податковим злочинам. Спрямованість зовнішньополітичного курсу України на європейську та євроатлантичну інтеграцію, необхідність приведення національного законодавства до рівня світових стандартів, демократизація суспільних і політичних відносин на внутрішньому та міжнародному рівнях – усе це обумовлює своєчасність проведення порівняльних досліджень у різних галузях права. У кримінально-правовому контексті зіставлення законів різних держав потрібне для загального уявлення про суть відповідного законодавства, системного визначення його особливостей і можливого запозичення позитивного досвіду нормотворення, для з'ясування «точок дотику» національного і зарубіжного у сфері протидії злочинності [1].

Історично системи оподаткування держав загального права розглядались як елементи їх суверенного права, що виключало втручання з боку інших держав. Сьогодні, у зв'язку зі стрімкою зміною зовнішньо- та внутрішньополітичних умов, США стали більш активно взаємодіяти з іншими країнами з метою забезпечення належного порядку податкового адміністрування. Приклад цьому знаходимо, зокрема, у преамбулі Конвенції між Урядом України та Урядом США про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи та капітал (набрала чинності 5 червня 2000 р.), де зазначено, що уряди обох держав висловлюють бажання розвивати та зміцнювати економічне, наукове, технічне і культурне співробітництво, що забезпечуватиметься, зокрема, положеннями вказаної Конвенції. Таким чином, розвиток зовнішньоекономічних відносин між нашими країнами, контроль за переміщенням товарів, послуг, капіталів і робочої сили окреслює, поміж іншого, і нові підвищені вимоги щодо правового співробітництва в частині удосконалення заходів охорони системи оподаткування. Аналіз масиву міжнародного фіскального законодавства демонструє, що схожі за назвою і змістом конвенції були укладені США із багатьма іншими державами.

Водночас американські експерти наголошують на тому, що у своєму прагненні забезпечити виконання національного податкового законодавства Сполучені Штати сьогодні зайшли настільки далеко, що погодження дій власних правоохоронних та фіскальних органів із діями компетентних органів відповідної іноземної держави перетворилось у звичайну формальність, яка, до того ж, не завжди виконується. Як результат, американські платники податків є свідками зростаючої небезпеки одночасного кримінального переслідування і за податковий злочин, вчинений за кордоном, і за відповідний фінансовий злочин за федеральним законодавством США.

До ХХ ст. європейські та американські угоди про взаємну допомогу у кримінальних справах не передбачали можливість екстрадиції у справах про податкові злочини. Податки, стягувані іншими державами, розглядались як «чужорідні» фіскальні зобов'язання, притаманні іншим економічним системам.

До речі, відповідно до п. 1 ст. 18 Конвенції Ради Європи від 8 листопада 1990 р. про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом у співробітництві з питань боротьби з відмиванням може бути відмовлено, якщо правопорушення, у зв'язку з яким зроблено запит, є податковим. Останнім часом на рівні ЄС докладається чимало зусиль, спрямованих на усунення чинності положення, яке міститься у вказаній міжнародно-правовій нормі та яке відображає давно усталену в Європі позицію незастосування органами влади однієї країни податкового законодавства іншої (у податкових питаннях кожен є господарем у своїй державі). Зокрема, відповідно до ст. 6 Другого протоколу, розробленого на основі Договору про Європейський Союз, до Конвенції про захист фінансових інтересів ЄС держава – член Конвенції не може відмовити в наданні взаємної допомоги стосовно шахрайства, активної та пасивної корупції та відмивання грошей лише на підставі того, що вони стосуються або вважаються податковими або митними злочинами [2].

Протягом минулого століття фіскальна політика США та інших держав істотно еволюціонувала, що мало своїм наслідком, поміж іншого, укладання міжнародних угод, що передбачають екстрадицію осіб, які вчинили податкові злочини, обмін інформацією під час розслідування податкових злочинів і навіть обмежену підтримку під час справляння національних податків однією з держав на території іншої. У принципі, одна держава може сприяти іншій в частині податкових розслідувань шляхом забезпечення доступу до націо-

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Вісник прокуратури. – 2014. – № 2. – С. 114–123.

нальних судів. З одним застереженням: відповідно до відомого американському загальному праву «правила про доходи» (англ. – Revenue Law) ця держава закриває іншим юрисдикціям доступ до національної системи судочинства, якщо іноземні держави у такий спосіб прагнуть забезпечити примусове виконання положень власного (національного) податкового законодавства. «Правило про доходи» бере свій початок у XVIII ст., коли в декількох своїх рішеннях англійські суди постановили, що порушення іноземних законів про доходи не виключає відповідальності за порушення договірних зобов'язань в Англії. Суди зробили висновок про те, що під час реалізації власної правозастосовної політики жодна держава не повинна керуватись законодавством про доходи іншої держави [3].

У подальшому американські суди розвинули «правило про доходи» таким чином, щоб заборонити іншим державам втілювати власну податкову політику на території США. Відомий представник федеральної судової влади, суддя Лірнед Хенд під час розгляду однієї справи у 1929 р. запропонував досить вдалу аналогію: податкове право нагадує кримінальне право в тому контексті, що положення останнього примусово реалізуються виключно в державі його запровадження. Однак жодна держава не буде виконувати кримінальні приписи іншої, керуючись принципом суверенітету [4]. Іншого результату можна досягнути лише на підставі зміни існуючих чи укладання нових міжнародно-правових угод.

Істотні зміни у розглядуваній галузі правозастосування почали відбуватись за ініціативою американських прокурорів на початку 90-х років XX століття. У цей період федеральні правоохоронні органи починають масштабне та агресивне переслідування осіб, які незаконно перевозили лікер і тютюнові вироби до Канади. Позиції судів щодо кваліфікації зазначених дій розділились. Так, федеральний апеляційний суд першого округу постановив, що ухилення від сплати митних платежів в іншій державі не може вважатись підставою для кримінального переслідування за фінансове шахрайство в США. Апеляційні суди другого та четвертого округів прийняли протилежні рішення. Із метою уникнення розбіжностей щодо застосування правових норм апеляційними судами Верховний Суд США (далі – ВС США) вирішив переглянути справу «Сполучені Штати проти Паскуантіно» (2005 р.), яка розглядалась у четвертому апеляційному окрузі [5].

Підсудні в цій справі займались незаконним перевезенням лікеру з США до Канади. Спочатку Канада порушила кримінальну справу стосовно ухилення від сплати податків, однак згодом зняла висунуті обвинувачення без будь-якого звернення до США щодо екстрадиції винних осіб, обміну інформацією чи сплати податків. Сполучені Штати натомість ініціювали порушення кримінальної справи за фактом фінансового шахрайства, враховуючи діяльність підсудних, безпосередньо пов'язану з контрабандою спиртних напоїв до Канади. Одним із головних питань, відображених у прецедентному рішенні у справі Паскуантіно, стало непряме примушування до застосування іноземного податкового законодавства – у цьому разі канадського. Суддя ВС США Л. Томас зробив висновок, що таке непряме втручання в правоохоронну діяльність іншої держави прямо порушує згадане вище «правило про доходи». Адже в цьому випадку мова йшла про кримінальну справу, а не про цивільні справи, в яких суди, нагадаємо, визначили, що «правило про доходи» забороняє Сполученим Штатам втручатись у податковий суверенітет інших країн.

Позиції дев'яти суддів ВС США розділились майже навпіл: більшість (п'ять суддів) вирішили, що «правило про доходи» дозволяє непрямым чином втручатись у кримінальне судочинство іноземних юрисдикцій, якщо скоєний в них злочин зачіпає інтереси США чи є підставою для порушення кримінальної справи в США. Меншість ж висловила позицію, згідно з якою: 1) «правило про доходи» не передбачає можливість втручання в податкову сферу іноземної держави; 2) фіскальні взаємовідносини між державами встановлюються виключно на підставі угод та меморандумів, укладених Конгресом і Президентом від імені США; 3) зміст інкримінованої у розглядуваній справі кримінально-правової норми про фінансове шахрайство є настільки розмитим, що виникає безліч сумнівів щодо її застосування до підсудних, а всі сумніви щодо винуватості повинні тлумачитись на їх користь.

Таким чином, у справі Паскуантіно було створено унікальний за своїм змістом кримінально-правовий прецедент, відповідно до якого США фактично можуть опосередковано втручатись чи в односторонньому порядку сприяти правоохоронній діяльності іншої суверенної держави, якщо таке «сприяння» стане підставою для наступного кримінального переслідування особи в США. Відтепер, після набрання аналізованим рішенням юридичної сили, прокуратура США має право здійснювати кримінальне переслідування тих осіб, які використовують банківські платіжні системи і засоби поштового зв'язку США з метою уникнути податкового зобов'язання за кордоном. Учасник міжнародної фінансової операції може бути визнаний винним, якщо така операція: 1) визнана схемою ухилення від сплати податків в іншій державі; 2) учасник свідомо прагне реалізувати таку схему; 3) надання недостовірної інформації чи приховування інформації є частиною реалізації цієї протиправної схеми. Очевидно, що наведені елементи міжнародної трансакції є не вельми конкретними. Більше того: сьогодні переважна більшість міжнародних ділових операцій здійснюється саме за допомогою банківських платіжних систем і засобів поштового зв'язку.

Слід звернути увагу на деякі «підводні камені» кримінального переслідування в США за податковий злочин, скоєний в іншій державі. Так, розпочавши кримінальне переслідування участі у схемі ухилення від сплати

іноземних податків, державний обвинувач США повинен здійснити належну правову оцінку тим положенням іноземного податкового законодавства, які, на його думку, були порушені. При цьому встановлення фактів порушення іноземного регулятивного законодавства відбувається з урахуванням усього лише так званого процесуального стандарту «переконливої сили», а не більш суворого стандарту американського кримінального судочинства «поза розумними сумнівами» (англ. – *beyond the reasonable doubt*) [6]. Таке істотне зниження вимоги про оцінку доказів у кримінальній справі з міжнародним елементом, застерігають американські фахівці, призведе до того, що суди будуть більш охоче ґрунтувати свої вироки на тлумаченні норм зарубіжного законодавства, запропонованому сторонами. Окреслена проблема ускладнюється ще більше внаслідок того, що американські суди мають обмежені ресурси в частині незалежного юридичного аналізу положень іноземного законодавства. Як наслідок, у суду може з'явитись безпідставне упередження проти підсудного, що врешті-решт може призвести до засудження невинуватого.

Далі. Використання свідчень іноземних фіскальних агентів в американському кримінальному процесі загрожує односторонньою та упередженою інтерпретацією зарубіжного податкового законодавства. Яскравий приклад цьому знаходимо в агресивних позиціях Служби внутрішніх доходів США (федерального податкового відомства країни) з різних аспектів оподаткування, які пізніше не підтримуються судами. Навіть якщо інтереси іншої держави і не виграють у результаті успішного розслідування банківського шахрайства в США, фіскальні служби цієї держави будуть цілком природно наполягати на встановленні максимальної суми несплачених податків та обстоюватимуть аналогічну позицію як в американських, так і у вітчизняних судах.

Залучення Сполученими Штатами іноземних податкових службовців для встановлення фактичних обставин може стати особливо проблематичним у процесі тлумачення податкового законодавства таких країн як, наприклад, Україна чи Росія, де фіскальні приписи є занадто нечіткими та складними в застосуванні, податкові органи явно не довіряють складним, багатоелементним схемам податкового планування, а зміст офіційно прийнятого податкового законодавства доволі сильно відрізняється від того, що застосовується на практиці. Таким чином, на додаток до існування загрози вибіркового кримінального переслідування за податкові злочини в Росії та Україні, відтепер потенційним американським інвесторам загрожує ще і можливе притягнення до кримінальної відповідальності за фінансове шахрайство в США.

Заради справедливості слід зазначити, що існує і низка інших факторів, спроможних негативно вплинути на аналіз американським судом положень зарубіжного податкового законодавства. Мова йде, зокрема, про те, що федеральні суди зазвичай тлумачать зарубіжне законодавство через призму загальних підходів щодо тлумачення національного американського законодавства. Існує небезпека того, що американські суди почнуть буквально інтерпретувати положення іноземного законодавства (за принципом «як воно є»), ігноруючи при цьому експертні висновки, що пропонують обмежувальне тлумачення суперечливого нормативного акту [7].

Крім наведеного, потенційна проблема полягає і в тому, що від американського суду вимагається лише вирішити «питання про право», тобто вивчити виключно зміст норм іноземного права. Однак враховуючи факти кримінальної справи, існує велика вірогідність того, що суд буде здійснювати казуальне тлумачення іноземного закону, тобто робитиме це через призму фактичних обставин конкретного податкового злочину. Таким чином, американський бізнесмен чи компанія у разі ведення бізнесу за кордоном вимушені не лише чітко розуміти зміст зарубіжного податкового законодавства, а і повинні передбачити, яким саме чином американський суддя буде інтерпретувати це законодавство у разі кримінального переслідування. Справа, м'яко кажучи, не з легких.

Американські криміналісти додатково вказують на потенційні труднощі, пов'язані із встановленням злочинної мети на вчинення податкового злочину за кордоном. Без встановлення такої мети наступне переслідування фінансового шахрайства неможливе. Ситуація ускладнюється у разі використання складних схем податкової оптимізації та застосування спірних тлумачень податкового законодавства, що активно використовується в міжнародній діловій практиці. У справі Паскуантіно встановити мету на ухилення від канадських податків було нескладно, оскільки слідством було встановлено, що підсудні розробили та широко застосовували злочинну схему перевезення великих обсягів спиртних напоїв у спеціально переобладнаних вантажних автомобілях. Однак у тих випадках, коли міжнародні компанії укладають складні угоди з урахуванням особливостей іноземного, американського та, у деяких випадках, міжнародного законодавства, однозначно встановити мету приховування ділової операції від оподаткування набагато складніше. У тих же Сполучених Штатах факт податкового шахрайства буде встановлений судом лише в тому випадку, якщо докази у справі прямо вказують на наявність у підсудного злочинної мети. Простий приклад: якщо дані податкової звітності не відповідають бухгалтерській інформації платника податків, це з великою вірогідністю вказує на умисне приховування об'єктів оподаткування. Цілком очевидно, що встановити умисел на ухилення від сплати податків у масштабних інтернаціональних операціях буде набагато складніше.

Норми про кримінальну відповідальність за фінансове шахрайство як на обов'язковий елемент вказують на введення в оману чи, навпаки, на приховування важливих обставин. Податкове законодавство, за загальним

правилом, вимагає, щоб платник податків задекларував належну суму податкових зобов'язань. За такої вимоги хоча б один із учасників «антиподаткової» ділової операції введе контролюючі органи в оману чи приховає певні дані, реалізуючи свій злочинний умисел на ухилення від сплати податкових платежів. У такому разі всі учасники операції автоматично стають учасниками злочинної схеми, спрямованої на ухилення від сплати податків. Відтепер уникнути кримінальної відповідальності особа зможе лише в тому разі, якщо доведе відсутність у своїй поведінці злочинного умислу на скоєння податкового злочину, а також надасть гарантії повного і точного розкриття фінансового компоненту ділової операції уповноваженим контролюючим органам.

Цікаво, що результати рішення ВС США у справі Паскуантіно стосуються можливих кримінально-правових наслідків не лише міжнародних ділових угод за участю хоча б двох компаній із двох країн, а і внутрішніх ділових угод – укладених та реалізованих виключно на території США. Ще у 70–80-х роках минулого століття деякі федеральні прокурори, зокрема Рудольф Джуліані, ініціювали низку кримінальних переслідувань осіб, які використовували банківські платіжні системи чи засоби поштового зв'язку для скоєння податкових злочинів, на підставі не податкових заборон, а норм про фінансове та поштове шахрайство. Така стратегія мала змішаний успіх у судах, і Генеральна прокуратура США оцінила її негативно, зазначивши, що за таких обставин положення про фінансове та поштове шахрайство фактично підмінюють податкові заборони, спеціально ухвалені Конгресом США для охорони всіх важливих компонентів системи оподаткування від незаконного втручання.

Справа Паскуантіно кардинально змінює цей усталений підхід. ВС США запропонував поширювальне тлумачення законодавчого наміру Конгресу: норми про поштове та фінансове шахрайство можуть охоплювати всі види обману, у тому числі обман з метою ухилення від податкових зобов'язань. Причина такого всеосяжного підходу, на думку суду, полягає в необхідності забезпечення однакового для всіх і законного функціонування банківської та поштової систем. Більше того: таке тлумачення кримінального закону «відкриває двері» для федерального переслідування випадків ухилення від сплати податків на рівні штату чи місцевому рівні – порушень, що є традиційно закритими від федерального втручання. Адже ухилення від сплати будь-яких видів обов'язкових платежів і на будь-якому рівні знову ж поєднується з використанням банківських платіжних систем чи засобів зв'язку, а це – традиційні сфери федерального правового регулювання.

Виправданість і правомірність розглянутого вище розширення Верховним Судом дії статутів про фінансове та поштове шахрайство ставиться багатьма американськими юристами під великий сумнів. Часткове нівелювання чинних міжнародних податкових угод, втручання у діяльність компетентних органів інших держав та окремих штатів, посилення криміналізації порушень податкового законодавства – перелік суперечливих наслідків розглянутого рішення можна продовжувати. Незважаючи на всю критику, сьогодні ця висловлена ВС США позиція є обов'язковим орієнтиром для федеральних правозастосовних органів у межах відповідної категорії кримінальних справ.

Насамкінець хотілось би зазначити, що за результатами розгляду справи «Сполучені Штати проти Паскуантіно» створено цікавий (щоб не сказати – небезпечний) прецедент. Відтепер американська прокуратура наділена повноваженнями щодо кримінального переслідування осіб, які вчинили чи підозрюються у вчиненні податкового злочину в іншій державі, якщо такий злочин додатково посягає на порядок використання фінансових платіжних систем і засобів поштового зв'язку США. У черговий раз ми є свідками агресивної кримінально-правової політики США, здатної використовувати навіть іноземні юрисдикції для реалізації власних завдань.

1. Музика А. Порівняльні кримінально-правові дослідження в Україні (сучасний етап) / А. Музика // Юридичний вісник України. – 2008. – № 17.
2. Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України *acquis* Європейського Союзу в сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом / Т. Качка. – К.: Вид-во «Реферат», 2004. – С. 253, 198; Питер Лилли. Грязные сделки. Тайная правда о мировой практике отмыwania денег, международной преступности и терроризме / Питер Лилли. – Ростов-на-Дону: Феникс, 2005. – С. 28.
3. U.S. Efforts to Extradite Persons for Tax Offenses, 25 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev., 653, 654-55 (2003).
4. Moore v. Mitchell, 30 F.2d 600, 603-04 (CA-2, 1929).
5. Pasquantino v. United States, 544 U.S. 125. S. Ct. 1766 (2005).
6. West P., Sieverding K. News Analysis: Pasquantino Case Raises International Tax Planning Concerns // Tax Notes International. – May 30, 2005. – P. 735.
7. Neubauer D.W. America's Courts and the Criminal Justice System. – California Brooks/Cole Publishing Company, 1988. – P. 46.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ЗАБОРОНА ЩОДО ДОВЕДЕННЯ БАНКУ ДО НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ: СУМНІВНА ЗАКОНОДАВЧА НОВЕЛА¹

2 березня 2015 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» № 218-VIII (далі – Закон № 218-VIII). Ухвалення цього документа слід вважати спробою законодавця відреагувати на кризові явища у вітчизняній банківській системі, спровоковані нестабільною політичною ситуацією в Україні, війною на Донбасі, коливаннями курсу національної валюти, унаслідок чого лише за останній рік до числа неплатоспроможних було віднесено більше сорока банків. Однак, на думку ініціатора прийняття Закону № 218-VIII (а суб'єктом законодавчої ініціативи в цьому разі виступив Президент України), значне погіршення фінансового становища банків, що відбулося останнім часом, пов'язане не лише зі згаданими об'єктивними факторами, а і з чинниками суб'єктивного характеру, зокрема, здійснення банками ризикових операцій, у тому числі надмірного кредитування пов'язаних із банком осіб, та приховуванням таких операцій від регулятора шляхом подання недостовірної звітності. З огляду на вказані обставини і була сформована мета відповідного законопроекту – посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб. За задумом суб'єкта законодавчої ініціативи, одним із кроків, який слугуватиме запорукою реалізації задекларованої мети, є запровадження кримінальної відповідальності пов'язаних із банком осіб, зокрема, керівника банку, контролера банку та іншого власника істотної участі в банку за вчинення будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Специфіка економічних процесів в банківському сегменті є такою, що може викликати часті випадки неплатоспроможності (банкрутства) кредитних організацій. Це, своєю чергою, тягне за собою ризики порушення прав кредиторів таких організацій – причому у випадках як кримінальних банкрутств, так і ринкових банкрутств, які відбуваються в передбаченому законодавством порядку [1, с. 3].

Ініціатива Президента України була сприйнята парламентаріями, наслідком чого стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності». Включення до КК аналізованої заборони ставить перед кримінально-правовою наукою низку питань, починаючи з доцільності самого факту існування подібної кримінально-правової заборони та визначення її місця в системі вітчизняного кримінального законодавства і закінчуючи конструюванням відповідної статті кримінального закону. Спробуємо відповісти на ці питання.

У кримінально-правовій доктрині до загальноновизнаних відноситься положення про те, що при включенні в КК нової статті вона поміщається у відповідний розділ Загальної або Особливої частини, як правило, услід за статтею, найбільш близькою до неї за змістом. Новій статті надається номер попередньої статті і додатковий цифровий індекс – 1, 2, 3 і т. д. [2, с. 42].

Законодавець вирішив присвоїти статті, якою передбачено кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, номер 218-1. За цією логікою, найбільш близьким за змістом до посягання, передбаченого аналізованою кримінально-правовою заборonoю, слід визнавати діяння, описане у виключенні на підставі Закону України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» ст. 218 КК, якою, нагадаємо, передбачалась відповідальність за фіктивне банкрутство. Проте навіть поверховий аналіз ст. 218-1 КК дозволяє стверджувати, що найбільш близькою до неї за змістом (як, до речі, і за назвою) і до того ж загальною нормою, щодо якої вона виступає як спеціальна, є ст. 219 КК «Доведення до банкрутства». Скориставшись класифікацією спеціальних норм за предметом, запропонованою В. Кучером [3, с. 112], ст. 218-1 КК слід відносити до різновиду підпорядковано-спеціальних норм, для яких характерним є збіг основних об'єктів передбачених ними злочинів з об'єктами злочинів, передбачених відповідними загальними нормами (у нашому випадку це ст. 219 КК), а основна відмінність полягає у ступені небезпечності караних за ними посягань. Норми про такі склади злочинів повинні розташовуватись або в одній статті із загальною нормою, або в окремії статті поряд із статтею, що передбачає загальну норму.

Таким чином, присвоєння досліджуваній кримінально-правовій новелі номеру 218-1 суперечить як загальним правилам розміщення нових статей в кримінальному законодавстві, так і правилам розташування підпорядковано-спеціальних норм. На нашу думку, кримінально-правова норма, в якій йдеться про доведення банку до неплатоспроможності, мала б бути розміщена або безпосередньо в ст. 219 КК (наприклад, в її частині 2), або услід за ст. 219 «Доведення до банкрутства» з присвоєнням їй порядкового номеру «219-1».

Постає і більш важливе питання: наскільки виправданим було рішення про доповнення КК спеціальною нормою, присвяченою відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності?

¹ Стаття написана в співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 1. – С. 71–115.

Досліджуючи спеціальні кримінально-правові норми, М. Свідлов відзначає, що виділення таких норм є закономірним наслідком тенденції диференційованого регулювання, яка є притаманною для всіх галузей права. Необхідність диференціації відповідальності виникає у випадку істотної відмінності характеру і ступеня суспільної небезпеки деяких видів діянь, передбачених окремою нормою права, застосування якої не дозволяє врахувати ці відмінності. Спеціальна ж норма забезпечує можливість врахування особливостей охоронюваних суспільних відносин і відповідність кримінальної відповідальності небезпеці посягання на такі відносини. Іншим випадком, який свідчить про потребу існування спеціальної норми, є необхідність змінити межі кримінальної відповідальності, залежні від змісту правової норми [4, с. 6–7].

Подібним чином висловлюються: В. Навроцький, котрий головною причиною виділення спеціальних норм називає прагнення законодавця диференціювати кримінальну відповідальність – посилити чи пом'якшити її порівняно з тією, що встановлена в загальних нормах, або взагалі декриміналізувати діяння, прямо не передбачені спеціальними нормами [5, с. 417]; О. Горюх, який відзначає, що найчастіше мотивами створення спеціальної норми є істота відмінності характеру і ступеня суспільної небезпеки окремих діянь, передбачених тією самою кримінально-правовою нормою, що зумовлює необхідність диференційованого регулювання відповідальності за їх вчинення. При цьому досягти такої мети за допомогою чинної загальної норми неможливо [6, с. 95]. У найбільш загальному вигляді підстави для виділення спеціальної норми були сформульовані В. Кудрявцевим, на думку якого існування спеціальної норми поряд із загальною лише тоді має практичний сенс, коли ця спеціальна норма якимось чином по-іншому вирішує питання кримінальної відповідальності порівняно із загальною нормою (наприклад, про вид та розмір покарання) [7, с. 248–249].

Отже, для того, щоб відповісти на питання про доцільність виділення окремої норми про кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, необхідно з'ясувати характер змін, які відбулися в КК у зв'язку з прийняттям Закону № 218-VIII.

Характеризуючи основні положення проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» (далі – законопроект), його автори вказували на те, що ним передбачається суттєве посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, що, зокрема, проявляється в запровадженні кримінальної відповідальності таких осіб за вчинення будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Наведена характеристика законопроекту потребує уточнення, оскільки здатна створити хибне уявлення про те, що до набрання чинності Законом № 218-VIII пов'язані з банком особи (спеціальний суб'єкт злочину, караного наразі за ст. 218-1 КК) не могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення дій, передбачених диспозицією ст. 218-1 КК. Насправді пов'язані з банком особи і до доповнення КК аналізованою статтею були спроможні нести як виконавці кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, адже такі дії могли кваліфікуватися за ст. 219 КК «Доведення до банкрутства», яка, як вже зазначалось, наразі виступає загальною нормою щодо ст. 218-1 КК. До такого висновку нас призвів порівняльний аналіз ст. 218-1 і ст. 219 КК, який засвідчив, що за винятком уточненого кола спеціально-конкретних суб'єктів злочину інші ознаки складів злочинів, передбачених вказаними статтями, фактично тотожні.

У дослідженнях, присвячених проблематиці спеціального суб'єкта злочину та конкуренції кримінально-правових норм, відзначається, що спеціально-конкретні суб'єкти також є спеціальними суб'єктами, але їх ознаки більшою мірою деталізовані стосовно визначеного складу злочину, окреслені більш вузько, виходячи насамперед зі специфіки суспільних відносин, порушуваних певним злочином [8, с. 128; 9, с. 9]. У розглядуваному випадку з урахуванням тієї обставини, що основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 218-1 КК, обмежений відносинами в сфері банківської діяльності, законодавець вирішив деталізувати коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого вказаною статтею, замінивши вживане в ст. 219 КК і характерне для господарського законодавства словосполучення «громадянин – засновник (учасник) або службова особа» на притаманний банківському законодавству термінологічний зворот «пов'язані з банком особи».

Звичайно, будуть праві ті, хто вкажуть, що в порівнюваних заборонах також по-різному описуються ознаки як проміжних («віднесення банку до категорії неплатоспроможних» (ст. 218-1 КК) та «стійка фінансова неспроможність суб'єкта господарської діяльності» (ст. 219 КК)), так і похідних (різний розмір «великої матеріальної шкоди» як криміноутворюючої ознаки) суспільно небезпечних наслідків.

Зокрема, на цій обставині акцентувала свою увагу В. Улибіна, що дало їй привід писати в 2014 р. (тобто на момент відсутності в КК спеціальної норми, присвяченої відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності) про те, що всі законодавчі напрацювання щодо закріплення кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 219 КК, не можна застосовувати щодо банківських установ, і це є істотною прогалиною вітчизняного кримінального законодавства. Для обґрунтування своєї гіпотези згадана авторка наводила такі аргументи. По-перше, це наявність відмінностей між аспектами загальної та спеціальної неплатоспроможності, що унеможливує поширення дії ст. 219 КК на банківський сектор економіки. Цей аргумент (умовно

перший) багато в чому базується на судженні В. Улибіної про те, що понятійний апарат, притаманний спеціальній неплатоспроможності банків, відрізняється від понятійного апарату загальної неплатоспроможності, зміст якої розкритий у Законі України від 22 грудня 2011 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». По-друге, це нетотожність господарської і банківської діяльності (умовно другий аргумент) [10, с. 120, 188]. Утім, повністю погодитись як з першим, так і з другим аргументом складно.

Так, не зовсім зрозуміло, на чому ґрунтується твердження В. Улибіної про те, що «відповідно до ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. понятійний апарат відносин неплатоспроможності складають: проблемний банк, неплатоспроможний банк та ліквідований банк» [10, с. 120]. Розділ V Закону України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність» має назву «Проблемний та неплатоспроможний банк. Ліквідація банку» і складається з двох глав: «Критерії віднесення банку до проблемних та неплатоспроможних» (глава 15) та «Ліквідація банку» (глава 16). Як бачимо, ні назва відповідного розділу, ні назви розміщених у ньому глав жодним чином не вказують на, так би мовити, провідне місце неплатоспроможності і (головне) залежність від неї інститутів (чи, мабуть, точніше субінститутів) проблемності та ліквідації банку. Підтвердженням цього виступає і той факт, що банк може бути визнаний неплатоспроможним і без попереднього віднесення його до категорії проблемних, а ліквідувати банк можна і без попереднього визнання його неплатоспроможним. Отже, немає достатніх підстав вести мову про те, що поняття «проблемний банк» і «ліквідований банк» входять до понятійного апарату відносин неплатоспроможності банку.

Однак навіть не ця обставина є визначальною в розглядуваному випадку. Основним є те, що В. Улибіна, весь час апелюючи до відмінності між термінологією, яка вживається в законах «Про банки і банківську діяльність» та «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», не наводить жодного переконливого аргументу на користь того, що неплатоспроможність банку не може вважатися стійкою фінансовою неспроможністю суб'єкта господарської діяльності як об'єктивною ознакою складу злочину, передбаченого ст. 219 КК. Особливо ж у цьому контексті дивує висловлювання дослідниці про те, що детальний аналіз дефініції стійкої фінансової неспроможності нібито доводить, що поняття «стійка фінансова неспроможність» перебуває в прямій взаємозалежності від Закону від 22 грудня 2011 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон від 22 грудня 2011 р.), нівелюючи особливості спеціальної неплатоспроможності банків, визначені Законом України «Про банки і банківську діяльність». При цьому авторкою вбачається запозичення понятійним апаратом ст. 219 КК ознак Закону від 22 грудня 2011 р., зокрема тих, які є передумовою для порушення господарським судом справи про банкрутство протягом трьох місяців, передбачених ч. 3 ст. 6 відповідного Закону [10, с. 121]. Оцінюючи викладену позицію, вважаємо за потрібне зазначити таке.

По-перше, ст. 219 КК, включаючи її примітку, не містить жодних посилань (на кшталт існуючої у примітці ст. 218-1 КК вказівки на необхідність при застосуванні цієї статті трактувати поняття «пов'язана з банком особа» в тому значенні, в якому воно розкривається в Законі України «Про банки і банківську діяльність»), які б указували на необхідність при визначенні тих чи інших ознак складу відповідного злочину керуватися саме і тільки положеннями Закону від 22 грудня 2011 р. Виходить, що питання про те, норми якого саме нормативно-правового акту слід брати до уваги при тлумаченні поняття «стійка фінансова неспроможність», вирішується за розсудом правозастосувача.

По-друге, у ст. 219 КК не міститься вказівок з приводу того, як має підтверджуватися (встановлюватися) факт виникнення стану стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності як ознаки складу злочину, передбаченого цією нормою. Отже, та обставина, що рішення про віднесення банку до категорії неплатоспроможних приймається НБУ, не впливала на можливість настання кримінальної відповідальності на підставі ст. 219 КК за доведення банку до неплатоспроможності. Як зазначається в літературі, банкрутство є універсальним і дієвим інструментом захисту майнових прав учасників цивільного обороту, за допомогою якого вони реструктуризують свої справи, відновлюють свою платоспроможність або ліквідуються; це стосується і банків [11, с. 124].

По-третє, у нормах Закону від 22 грудня 2011 р. відсутнє визначення поняття «стійка фінансова неспроможність», яке в ньому вживається лише тричі в контексті приховування стійкої фінансової неспроможності (статті 3, 22). Натомість у ньому, як і в Законі України «Про банки і банківську діяльність», розкривається поняття неплатоспроможності, під якою розуміється неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами не інакше, як через відновлення його платоспроможності. Очевидно, що критерії цієї неплатоспроможності (якщо безспірні вимоги кредитора (кредиторів) до боржника сукупно становлять не менше трьохсот мінімальних розмірів заробітної плати, які не були задоволені боржником протягом трьох місяців після встановленого для їх погашення строку) слід шукати саме в Законі від 22 грудня 2011 р., і вони, що цілком логічно, істотно відрізняються від тих, про які йдеться в Законі України «Про банки і банківську діяльність» як про критерії неплатоспроможності банку. До речі, В. Улибіна резонно вказує на те, що основним показником діяльності банків є регулятивний капітал і,

крім того, для банків встановлюються свої терміни, які свідчать про нормальний (задовільний) фінансовий стан [10, с. 185]. Викладене, однак, не дає підстав стверджувати, що при встановленні стійкої фінансової неспроможності як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, правозастосуваць має керуватися лише показниками, зазначеними в Законі від 22 грудня 2011 р.

При цьому ми усвідомлюємо ту обставину, що при кваліфікації доведення банку до неплатоспроможності за ст. 219 КК існувала б певна неузгодженість між термінологією, вживаною в Законі України «Про банки і банківську діяльність» («неплатоспроможність») і КК («стійка фінансова неспроможність»). Але враховуючи той факт, що зміст поняття «стійка фінансова неспроможність» не розкривається в нормах чинного законодавства (фактично це поняття є оціночним), аналогічну термінологічну неузгодженість ми мали б констатувати і в усіх інших (крім неплатоспроможності банків) випадках притягнення до кримінальної відповідальності за доведення до банкрутства, що, на нашу думку, не могло перешкодити застосуванню ст. 219 КК.

Причинами виникнення показаної ситуації стало допущення законодавцем при конструюванні ст. 219 КК низки вад, які Г. Яремко справедливо віднесла до числа типових помилок і недолугостей, пов'язаних із використанням бланкетного способу викладення складів злочинів у КК: неузгодженість допустимого рівня бланкетності диспозицій у статтях кримінального закону з вимогами, встановленими регулятивним законодавством; допущення випадків, коли бланкетна диспозиція не може бути заповнена конкретним змістом через відсутність нормативної бази, до якої вона відсилає; перенавантаження диспозиції в статті бланкетними вказівками, коли одна з них поглинає іншу, тощо [13, с. 193–194].

Не оминає проблему неузгодженості між термінологією кримінального та регулятивного законодавства і В.О. Улибіна. Зокрема, пропонуючи доповнити ст. 219 КК частиною 2 як нормою про відповідальність за доведення банку до ліквідації, науковець пише, що в назві ст. 219 КК використовується поняття «банкрутство», яке з юридичної точки зору до банків не застосовується. Стверджується, що позначена проблема має вирішуватися шляхом внесення змін не до КК, а до Закону України «Про банки і банківську діяльність»; у зв'язку з цим пропонується ввести в обіг поняття «банкрутство банку» [10, с. 188].

Ми натомість вважаємо, що у випадках неузгодженості між термінологією, вживаною в регулятивному та кримінальному законодавстві, зміни мають вноситися до останнього, тобто до КК, покликаного здійснювати охорону відносин, врегульованих першим, специфічними кримінально-правовими засобами. До речі, саме з урахуванням сказаного один з авторів цих рядків, виступаючи за уточнення норм кримінального закону, раніше пропонував: замінити назву ст. 219 КК на іншу – «Доведення до неплатоспроможності», зворот «стійка фінансова неспроможність» у диспозиції ст. 219 КК замінити терміном «неплатоспроможність» і виключити з диспозиції цієї норми КК слова «Доведення до банкрутства, тобто...» [13, с. 628]. Подібним чином пропонує усувати міжгалузеві колізії, пов'язані із законодавчим описанням кримінально караного доведення до банкрутства, Д. Ревський [14, с. 147–148].

Ще менш придатним для обґрунтування тези про неможливість кваліфікації за ст. 219 КК випадків доведення банку до неплатоспроможності виглядає аргумент В. Улибіної щодо нетотожності господарської та банківської діяльності, що, на її думку, дає підстави констатувати нівелювання законодавцем при конструюванні диспозиції ст. 219 КК аспектів спеціальної неплатоспроможності банків; це, своєю чергою, свідчить про те, що правовідносини неплатоспроможності у сфері банківських відносин повинні отримати ще і кримінально-правове закріплення [10, с. 187]. Ми погоджуємося із В. Улибіною хіба що в тому, що поняття «господарська діяльність» та «банківська діяльність» не є тотожними.

Принагідно звернемо увагу на те, що ця авторка при визначенні поняття «господарська діяльність» послідовно звертається не до положень Господарського кодексу України (далі – ГК), в якому остання визначається як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, а до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», норми якого пропонують розуміти під господарською діяльністю будь-яку діяльність, у тому підприємницьку, юридичних осіб, а також фізичних осіб – підприємців, пов'язану з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт [10, с. 187].

Мусимо констатувати, що, незважаючи на подібність пропонованих законодавчих дефініцій, вони не є однаковими: ГК уточнює та деталізує поняття господарської діяльності, вказане в Законі «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», зокрема за рахунок вказівки на такі її ознаки, як діяльність у сфері суспільного виробництва, що має вартісний характер та цінову визначеність. За таких умов більш правильним та логічним у нашому випадку виглядає оперування приписами ГК, який є загальним кодифікованим нормативно-правовим актом, що встановлює правові засади господарської діяльності (господарювання), а не нормами Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», які тлумачать поняття «господарська діяльність» у контексті застосування положень саме цього Закону. Водночас слід виходити з того, що банківська діяльність є лише одним з багатьох різновидів (елементом) більш широкого за змістом сис-

темоутворюючого поняття – господарської діяльності. Примітно, що цей факт визнає і В. Улибіна, зазначаючи, що поняття банківської та господарської діяльності співвідносяться між собою як частина та ціле [10, с. 187].

Таким чином, вважати ці два види діяльності «різними» та «розмежовувати» їх, як це пропонує робити та ж В. Улибіна, неправильно, адже це суперечить законам діалектики, яка розглядає частину та ціле в їхній діалектичній єдності і визнає, що пізнання цілого може бути успішним лише за умови знання властивостей його частин і, навпаки, дослідження частин повинно спиратися на попереднє знання цілого. Слід зважати і на те, що ГК відносить банківську діяльність до одного з видів фінансової діяльності (статті 334–351), яка, своєю чергою, виступає одним із різновидів господарської діяльності. На необхідність сприйняття банківської діяльності як одного з різновидів господарської діяльності орієнтують і положення Закону України «Про банки і банківську діяльність», включаючи ст. 6, де вказуються організаційно-правові форми банку, і ст. 16, в якій йдеться про те, що статут банку складається з урахуванням положень ГК.

З огляду на наведене вище, робимо висновок про те, що позиція В. Улибіної з розглядуваного питання щонайменше потребує додаткового обґрунтування. Адже за умови сприйняття логіки цієї авторки окремої кримінально-правової охорони потребують і інші (крім банківської) сфери неплатоспроможності – сфери фермерських, страхових, аудиторських, інноваційних, посередницьких, біржових та інших відносин, які охоплюються поняттям господарської діяльності. Скажімо, діяльність фермерських господарств, як і банківська діяльність, регулюється окремим Законом (Закон України від 19 червня 2003 р. «Про фермерське господарство»), і, крім того, Законом від 22 грудня 2011 р. для фермерських господарств передбачено особливу (порівняно з іншими суб'єктами господарської діяльності) процедуру банкрутства. Але ж це не свідчить про те, що господарська і фермерська діяльність є різними видами діяльності, а відносини неплатоспроможності, що можуть виникнути при їх здійсненні, потребують окремої кримінально-правової охорони.

Отже, враховуючи той факт, що банк входить до кола суб'єктів господарської діяльності, який, хоч і в особливому порядку, міг бути визнаний таким, що має стійку фінансову неспроможність, а розмір великої матеріальної шкоди як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, у двадцять разів нижчий за аналогічний показник, передбачений ст. 218-1 КК, різне описання у цих кримінально-правових нормах проміжних і похідних суспільно небезпечних наслідків відповідних складів злочинів не може вплинути на зроблений нами висновок про те, що і раніше, до моменту набрання чинності Законом № 218-VIII, пов'язані з банком особи могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності. Уточнимо: до відповідальності за ст. 219 КК як виконавці могли бути притягнуті не будь-які пов'язані з банком особи, а лише громадяни – засновники (учасники) або службові особи банку. Щодо інших пов'язаних з банком осіб (йдеться про тих, хто фактично керував діяльністю банку, не будучи формально його засновниками чи службовими особами), то не виключалась кримінально-правова оцінка їх неправомірної поведінки як співучасті з розподілом ролей у вчиненні злочину, передбаченого ст. 219 КК, із посиланням при цьому на відповідні частини ст. 27 КК.

Таким чином, доповнення КК ст. 218-1 має сприйматися в основному не як встановлення (запровадження) кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, а як диференціація кримінальної відповідальності за вказане посягання, яка відбулася за рахунок виділення зі ст. 219 КК найбільш суспільно небезпечних, на думку законодавця, дій та встановлення за їх вчинення більш суворої (порівняно з передбаченою ст. 219 КК) кримінальної відповідальності. При цьому, як вже зазначалося, за допомогою вказівки в ст. 218-1 КК на спеціально-конкретних суб'єктів (пов'язаних із банком осіб) законодавець уточнив коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за цією спеціальною кримінально-правовою заборону.

Звертаючись, однак, до умов виділення спеціальної кримінально-правової норми, зауважимо, що однією з таких умов виступає істотна відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки видів діянь, передбачених окремою нормою права, застосування якої не дозволяє врахувати ці відмінності. З цього приводу варто нагадати сформульовану свого часу Г. Злобіним та актуальну і нині фундаментальну вимогу до створення нових кримінально-правових норм – це необхідність кожного разу при встановленні кримінальної караності діяння глибоко досліджувати його суспільну небезпеку, не покладаючись лише на її «очевидність» і вбачаючи в ній головну умову криміналізації [15, с. 217–218]. Інакше кажучи, для з'ясування того, наскільки обґрунтованим було рішення законодавця про доповнення КК ст. 218-1, вирішальне значення має відповідь на таке питання: чи є відмінність між суспільною небезпекою, притаманною доведенню банку до неплатоспроможності, та суспільною небезпекою інших дій, які могли кваліфікуватися за ст. 219 КК, достатньою та необхідною для диференціації кримінальної відповідальності за їх вчинення?

Доведенню банку до неплатоспроможності, поза всяким сумнівом, притаманний високий рівень суспільної небезпеки. Такі дії, крім наслідків, які потенційно можуть бути спричинені доведенням до неплатоспроможності будь-якого суб'єкта господарювання (порушення засад кредиту, заподіяння матеріальної шкоди кредиторам і державі, позбавлення працівників робочих місць тощо), призводять (зрозуміло, поряд з іншими чинниками) і до такого негативного явища, як втрата довіри до вітчизняної банківської системи, яка супроводжується

вилученням вкладниками коштів, неможливістю залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб, здорожчанням іноземних кредитів для вітчизняних банків тощо. Так, за даними голови НБУ В. Гонтаревої, за 2014 р. відтік депозитів з вітчизняної банківської системи склав 126 млрд. грн. (це майже третина усіх депозитів), а в 2015 – ще 18 млрд. грн. [16]. Такі наслідки фактично унеможливають виконання банками своїх функцій, включаючи кредитування реального сектору економіки, що з урахуванням зв'язку банківської системи з усіма секторами економіки негативно відображається на стані фінансово-економічної ситуації в державі загалом. Фахівці міжнародних організацій, під егідою яких здійснюється розроблення уніфікованих правил у сфері банкрутства, зовсім не випадково виходять з того, що спеціальне законодавство про банкрутство банків передусім повинно захищати цілісність фінансової системи, оскільки банки забезпечують належне функціонування платіжної системи будь-якої країни, а найбільш негативним наслідком неспроможності банків може стати так званий ланцюговий ефект, який спричиняє значні негативні зміни в економіці країни [11, с. 125].

Разом з тим варто зазначити, що чинне господарське законодавство виділяє і деякі інші, крім банків, категорії суб'єктів господарської діяльності, стосовно яких також передбачена особлива процедура банкрутства. Так, розділом VII Закону від 22 грудня 2011 р. передбачено особливості банкрутства: суб'єктів підприємницької діяльності, що мають суспільну, іншу цінність або особливий статус (містоутворюючі та особливо небезпечні суб'єкти господарювання); сільськогосподарських підприємств; страховиків; професійних учасників ринку цінних паперів та інститутів спільного інвестування; емітентів; фермерських господарств; державних підприємств тощо (статті 84–89, 91, 96, відповідно). При цьому є достатні підстави вважати, що в багатьох випадках доведення до неплатоспроможності (а в подальшому і до банкрутства) згаданих суб'єктів здатне викликати не менш серйозні суспільно небезпечні наслідки порівняно з тими, які настають у випадку доведення банку до неплатоспроможності.

Наприклад, містоутворюючим суб'єктом підприємницької діяльності визнається юридична особа, кількість працівників якої з урахуванням членів їх сімей становить не менш як половину чисельності населення адміністративно-територіальної одиниці, в якій розташована така юридична особа, а також суб'єкти підприємницької діяльності, кількість працівників яких перевищує п'ять тисяч осіб (абз. 2 ч. 4 ст. 85 Закону від 22 грудня 2011 р.). Відповідно, банкрутство містоутворюючих підприємств, крім матеріальної шкоди кредиторам, здатне викликати затримки з виплатою пенсій через неотримання державою соціальних відрахувань, безробіття, що провокує міграцію, відсутність фінансування інфраструктури, порушення зв'язків поколінь тощо [17, с. 86]. У сукупності такі наслідки можуть спровокувати вимирання цілих міст.

Усі передумови стати «українським Детройтом» має м. Лисичанськ (Луганська область), в якому внаслідок зупинки найбільших містоутворюючих підприємств (Лисичанського заводу гумотехнічних виробів, Лисичанського НПЗ, скляного заводу «Пролетар» тощо) без роботи залишилося майже все сотисячне населення міста. Причому в багатьох випадках експерти та журналісти прямо вказують не на «природну смерть», а на «умисне вбивство» відповідних підприємств [18; 19] (з точки зору кримінального закону – доведення до банкрутства). Злободенною проблема банкрутств містоутворюючих підприємств залишається і для інших міст України, особливо розташованих у промислово орієнтованому Донбасі.

Не менш вагомою є і суспільна небезпека банкрутства: особливо небезпечних суб'єктів підприємницької діяльності, припинення діяльності яких потребує значних та довготривалих витрат, направлених на запобігання заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян, майну, спорудам, навколишньому природному середовищу; страховиків – банкрутство останніх через тісний зв'язок банківського та страхового секторів економіки здатне викликати наслідки, подібні до тих, що настають при банкрутстві банків. Невипадково в юридичній літературі зазначається, що «містоутворюючі та особливо небезпечні підприємства мають не менш важливе значення для держави, ніж, наприклад, банки, які під загрозою настання неплатоспроможності можуть забезпечуватись тимчасовою адміністрацією НБУ відповідно до банківського законодавства» [20, с. 124, 125].

Таким чином, постає, скоріше за все, риторичне запитання: чи є (за умови настання однакової матеріальної шкоди) доведення до неплатоспроможності банку більш суспільно небезпечним, ніж доведення до банкрутства, наприклад, містоутворюючого підприємства, внаслідок чого без роботи залишилося кілька тисяч людей? До речі, у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому кримінальній відповідальності за незаконні дії в разі банкрутства, Г. Болдарь переконливо довела, що порівняно зі «звичайними» незаконними діями в разі банкрутства вищий ступінь суспільної небезпеки притаманний не лише незаконним діям у разі банкрутства банків чи інших кредитних установ, а й аналогічним діям стосовно містоутворюючих, стратегічних та особливо небезпечних підприємств, у зв'язку з чим їх вчинення має відігравати роль кваліфікуючої ознаки відповідного складу злочину [21, с. 97–100]. А російський науковець О. Боєв запропонував умисне банкрутство кредитних організацій визнавати однією з кваліфікуючих ознак передбаченого ст. 196 КК РФ складу злочину «умисне банкрутство» [22, с. 9–10].

Зазвичай оцінити ставлення законодавця до суспільної небезпеки тих чи інших діянь допомагає порівняння санкцій, передбачених у відповідних кримінально-правових нормах. Щоправда, таке порівняння стосовно

ст. 218-1 і ст. 219 КК ускладнюється через специфічне конструювання розглядуваних кримінально-правових заборон. Санкцією ст. 219 КК передбачено покарання у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч НМДГ із позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років у той час, як санкцією ст. 218-1 КК – обмеження волі на строк від одного до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк, з накладенням штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ та позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Здавалося б, законодавча оцінка суспільної небезпеки розглядуваних діянь є доволі очевидною, адже за доведення банку до неплатоспроможності передбачено суворіше покарання, ніж за «звичайне» доведення до неплатоспроможності.

Але такий, на перший погляд, безспірний висновок не враховує важливої деталі – розміру великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки відповідних складів злочинів. Аналіз приміток до ст. 218-1 і ст. 219 КК свідчить: якщо доведення до банкрутства визнається кримінально караним у випадку завдання державі чи кредитору матеріальної шкоди на суму, яка в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ, то доведення банку до неплатоспроможності – на суму, яка в десять тисяч і більш разів перевищує НМДГ. До речі, велика матеріальна шкода в результаті вчинення злочинів, передбачених як ст. 218-1, так і ст. 219 КК, може бути завдана кільком кредиторам і, відповідно, бути сумарною, зв'язку з чим диспозиції цих кримінально-правових норм бажано уточнити відповідним чином. Це тим більше стосується злочину, караного за ст. 218-1 КК, адже саме для банкрутства банку характерною (типовою) є велика кількість потерпілих.

Виходить, що санкції розглядуваних кримінально-правових норм відображають суспільну небезпеку не стільки відповідних злочинних діянь, скільки наслідків доведення банку до неплатоспроможності, з одного боку, та доведення до банкрутства, з іншого. Порівнювати суспільну небезпеку доведення до банкрутства (передбаченого загальною нормою) та доведення банку до неплатоспроможності (описаного спеціальною нормою) на підставі зіставлення суворості покарань можна було б лише за умови однаковості (або хоча б подібності) кількісних характеристик великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки. Значне ж (порівняно зі ст. 219 КК) підвищення мінімального порогу (у двадцять разів) суспільно небезпечних наслідків, починаючи з якого наставатиме відповідальність за ст. 218-1 КК, дозволяє тлумачити цей факт як визнання законодавцем доведення банку до неплатоспроможності діянням, менш суспільно небезпечним порівняно з іншими різновидами кримінально караного доведення до банкрутства.

Зміст ч. 1 примітки ст. 218-1 КК, в якій закріплюється розмір великої матеріальної шкоди (а відшукати відповідні пояснення щодо закріплення саме такої величини у супровідних документах, пов'язаних з ухваленням Закону № 218-VIII, не вдалося), – типовий прояв притаманної розділу VII Особливої частини чинного КК фундаментальної проблеми, яку можна позначити як довільність і відсутність уніфікації показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів у сфері господарської діяльності.

Вказівка на виключно матеріальний характер великої шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу аналізованого злочину не дозволяє кваліфікувати за ст. 218-1 КК випадки доведення банку до неплатоспроможності, що супроводжувались такими суспільно небезпечними наслідками, як масові звільнення з роботи працівників тієї чи іншої фінансової установи, психічне захворювання або самогубство кредитора тощо.

Проведений порівняльний аналіз санкцій, передбачених ст. 218-1 і ст. 219 КК, дозволяє стверджувати: доведення банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальної шкоди державі чи кредитору на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ (ст. 218-1 КК), визнається значно суспільно небезпечнішим посяганням, ніж «звичайне» доведення до банкрутства, яке спричинило аналогічні матеріальні наслідки. Разом з тим у всіх інших випадках, коли внаслідок розглядуваних діянь буде завдана матеріальна шкода в будь-якому розмірі – від п'ятисот до десяти тисяч НМДГ, більш суспільно небезпечним має визнаватися «звичайне» доведення до банкрутства (ст. 219 КК), оскільки у випадку настання подібних наслідків доведення банку до неплатоспроможності взагалі не буде визнаватися кримінально караним.

Отже, порівняння суспільної небезпеки дій, передбачених ст. 218-1 і ст. 219 КК, дозволяє констатувати, що рішення законодавця про виділення окремої заборони, присвяченої кримінальній відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, базувалося не на глибокому аналізі юридичної природи, не на виявленій підвищеній (порівняно з іншими різновидами доведення до банкрутства) суспільній небезпеці таких дій, а на очевидній, такій, що не потребує доведення (про що писав Г. Злобін), необхідності виділення відповідної спеціальної норми, зумовленої складною ситуацією в банківському секторі економіки України.

Завершуючи висвітлення доцільності доповнення КК ст. 218-1, хотілось би звернути увагу на такий цікавий факт: 2 березня 2015 р., тобто в день ухвалення Закону № 218-VIII Правління НБУ прийняло постанову № 150, що передбачає віднесення до категорії неплатоспроможних одного з найбільших банків України, який сам же регулятор відніс до системно важливих вітчизняних банків, – ПАТ «Дельта Банк». Не вдаючись до аналізу фінансово-економічної обґрунтованості такого рішення НБУ, зокрема, його відповідності економічному принципу *too big to fail* («занадто великий, щоб збанкрутувати»), хотілось би поставити два взаємопов'язаних питання: по-перше, невже Правлінню НБУ не було відомо про намір парламенту посилити кримінальну відповідальність

пов'язаних з банком осіб за доведення відповідних банків до неплатоспроможності? По-друге, невже потреба у віднесенні ПАТ «Дельта Банку» – банку, третього за розміром депозитного портфелю в Україні, в якому було зосереджено більше 20 млрд. грн. депозитів [23], – до категорії неплатоспроможних була настільки нагальною, що відповідне рішення не могло бути ухвалене після набрання чинності Законом № 218-VIII, що дозволило б за наявності підстав притягнути винних осіб до кримінальної відповідальності за доведення до неплатоспроможності цього системно важливого банку. Очевидно, що поставлені питання належать до числа риторичних.

Одним з основних принципів побудови кримінального законодавства має бути системність його положень. Повністю погоджуємося з думкою М. Панова про те, що вдосконалення КК повинно проводитися надзвичайно виважено, обережно, з урахуванням системних відносин, зв'язків і взаємозв'язків усієї системи елементів кримінального права як складного системного об'єкта. Тут повинні виключатися доволі часто поспішна і недостатня обґрунтована поодинокість змін закону, механічна «новелізація», «перекроювання» КК «за окремими побажаннями» чи на підставі «окремих фактів як «синдромів» суспільства», які можна визнати проявами «свавілля» у законотворчому процесі, що суперечить ідеї системності кримінального права [24, с. 317]. Про згадувану М. Пановим механічну «новелізацію», яка фактично відбулася у випадку з доповненням КК ст. 218-1, вже йшлося. Тому далі ми зосередимо свою увагу виключно на системності положень Закону № 218-VIII.

Спочатку спробуємо розібратись з відповідністю положень Закону № 218-VIII задекларованій меті відповідного законопроекту, яка, нагадаємо, була сформульована його авторами як посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, насамперед керівників банків, контролерів та інших власників істотної участі у банку. Насправді ж доповнення КК ст. 218-1 в її чинній редакції слід сприймати не лише як посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, а і як декриміналізацію значного масиву діянь, за які до набрання чинності Законом № 218-VIII вказані особи могли нести кримінальну відповідальність. Такі наші судження спираються: по-перше, на аргументованій вище можливості притягнення частини пов'язаних із банком осіб (громадян – засновників та службових осіб) до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності на підставі ст. 219 КК і до ухвалення Закону № 218-VIII; по-друге, на проаналізованих показниках великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки складів злочинів, передбачених статтями 218-1 та 219 КК (десять тисяч і більше НМДГ і п'ятсот і більше НМДГ, відповідно). Можемо констатувати: якщо до набрання чинності Законом № 218-VIII вчинене, наприклад, службовою особою банку доведення відповідного банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальної шкоди у розмірі від п'ятсот до десяти тисяч НМДГ, мало кваліфікуватися як злочин, передбачений ст. 219 КК, то сьогодні (через значне підвищення мінімального порогу суспільно небезпечних наслідків як умови настання кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності) такі дії не визнаються злочинними. До речі, в багатьох випадках вони не зможуть кваліфікуватися навіть як адміністративне правопорушення, про що йтиметься далі.

Характеризуючи ст. 218-1 КК, ми вже відзначали, що однією з основних новел, які відрізняють розглядувану кримінально-правову заборону від ст. 219 КК, є уточнене коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за цією спеціальною нормою (замість вказаних у ст. 219 КК «засновників (учасників) та службових осіб» у диспозиції ст. 218-1 КК вживається притаманний банківському праву термінологічний зворот «пов'язані з банком особи»).

Аналіз пояснювальної записки до законопроекту дозволяє припустити, що рушійним мотивом ухвалення такого рішення стало прагнення зробити можливою кримінальну відповідальність не лише осіб, які, так би мовити, уособлюють безпосередній менеджмент банку і фігурують в установчих документах як засновники або службові особи, а й інших пов'язаних з банком осіб, котрі нерідко виступають реальними власниками банку. Аналізуючи наслідки ухвалення Закону № 218-VIII, у тому числі зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» в частині уточнення кола суб'єктів, які відносяться до числа «пов'язаних з банком осіб», окремі дослідники відзначають, що «тепер коло пов'язаних осіб не обмежене формальними ознаками трудових або корпоративних відносин; будь-яка юридична та/або фізична особа, що фактично контролює банк, незалежно від механізму контролю і юридичного оформлення цього контролю тепер є пов'язаною з банком особою з усіма наслідками, що з цього випливають (перерахування їх у звітності банку, відповідальність за результати роботи банку, за доведення його до неплатоспроможності і т. д.)» [25].

Звичайно, постає питання про процесуальну здійсненність задекларованих прагнень. Невипадково правники вже ставлять питання, хто і на підставі яких методик визначатиме причинно-наслідковий зв'язок між діями пов'язаних з банком осіб і віднесенням банку до категорії неплатоспроможних. Якщо це робитиме, наприклад, НБУ, МВС або інша державна установа постфактум, тобто вже після визнання банку неплатоспроможним, то тут вбачається величезне поле для грубих зловживань щодо політично «неугодних» власників банків [26]. Однак загалом наше ставлення до розглядуваної законодавчої ініціативи є позитивним. Утім, при більш глибокому аналізі таке враження значною мірою нівелюється через безсистемність цього кроку.

Та перш, ніж безпосередньо проаналізувати його, звернемо увагу на те, що згідно з ч. 2 примітки ст. 218-1 КК тлумачення поняття «пов'язана з банком особа» вимагає звернення до Закону України «Про банки і банківську діяльність». Тут доречно нагадати, що існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями

призводить до того, що чимало ознак складів злочинів визначаються не лише КК, а й іншими нормативними актами, які не є законом про кримінальну відповідальність і серед яких можуть зустрічатися як закони, так і підзаконні акти. Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність дозволяє не загромаджувати текст КК положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, слугує уніфікації законодавства за умов ускладнення й диференціації охоронюваних кримінальним законом відносин тощо. При цьому принципове значення для ефективності тієї чи іншої кримінально-правової норми з бланкетною диспозицією має виважений та кваліфікований зміст цієї норми.

Аналіз регулятивного законодавства, до положень якого відсилає бланкетна диспозиція ст. 218-1 КК і ч. 2 примітки цієї статті, дозволяє констатувати, що такої виваженості і кваліфікованості деяким приписам Закону України «Про банки і банківську діяльність» щодо «пов'язаних з банком осіб» (ст. 52) бракує.

Передусім вкажемо на те, що критерії віднесення осіб до числа «пов'язаних з банком» (пункти 1–9 ч. 1 ст. 52) подекуди самі по собі не сприяють їх уніфікованому тлумаченню. Так, у висновку на законопроект від 2 березня 2015 р. фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України вказували на те, що в пропонованій редакції п. 6 ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» до пов'язаних з банком осіб передбачається віднести таких осіб, як «керівники юридичних осіб та керівники банків, які є спорідненими та афілійованими особами банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів цих осіб». У зв'язку із розпливчастістю наведеного формулювання парламентські експерти пропонували уточнити, про яких саме керівників та членів комітетів йдеться. Однак цю слушну рекомендацію законодавець проігнорував.

Але, крім таких неоднозначних критеріїв, законодавець закріпив право НБУ при здійсненні банківського нагляду визначати (правильніше, мабуть, було б написати – визнавати) пов'язаними з банком особами фізичних та юридичних осіб, зазначених у пунктах 1–9, за наявності ознак, визначених у нормативно-правових актах НБУ, з урахуванням характеру взаємовідносин, операцій та наявності інших зв'язків із банком (ч. 3 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Коментуючи розглядувані приписи банківського законодавства, М. Саєнко відзначає, що вони фактично дозволяють НБУ доповнювати перелік пов'язаних з банком осіб на власний розсуд, ґрунтуючись на суб'єктивних факторах, зокрема, з урахуванням загадкової фрази «характер взаємовідносин і зв'язків з банком». Відповідно, НБУ буде одночасно з виконанням функції нагляду за операціями банку з пов'язаними особами визначати критерії віднесення певних учасників ринку до переліку пов'язаних з банком осіб, що створить сприятливий ґрунт для різноманітних маніпуляцій і корупційних зловживань, з якими всі так показово намагаються боротися [27]. У подібному руслі з цього приводу висловлюється К. Казак, який звертає увагу і на той факт, що відповідне рішення НБУ банк може оскаржити, і при цьому саме банк повинен довести НБУ зворотне, спростувавши висновок останнього. Разом з тим критерії оцінки факту доведеності в законопроекті (а наразі – в Законі) не прописано – зроблено лише посилання на нормативно-правові акти НБУ [25].

Але ще більш неприпустимою розглядувана новела виглядає у світлі встановлення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 218-1 КК, адже за існуючого стану речей складається парадоксальна та, будемо відверті, аномальна ситуація, коли НБУ, завдяки праву визначати на власний розсуд коло осіб, пов'язаних з банком, фактично наділяється Верховною Радою України притаманними лише їй повноваженнями змінювати обсяг криміналізації поведінки людини.

З погляду дотримання правил законодавчої техніки слід оцінити критично і форму розглянутого вище припису, а саме передбачену ч. 2 примітки ст. 218-1 КК відсилку до конкретного нормативно-правового акту (Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Як слушно зазначає Г. Яремко, такого роду бланкетні відсилки є поодинокими, і це закономірно. Посилання на конкретний нормативно-правовий акт спрощує правозастосування, але кримінально-правова норма з таким посиланням не є гнучкою. Подібна конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу доцільна лише за умови стабільності відповідного регулятивного законодавства; в інших випадках варто вказувати на юридичну силу та (або) галузеву належність акта, що застосовується для конкретизації змісту бланкетної диспозиції [12, с. 67, 135–136].

Повертаючись до розгляду питання про системність положень Закону № 218-VIII, вважаємо за доцільне підтримати точку зору М. Панова, згідно з якою системність кримінального права полягає у внутрішній єдності структурних елементів кримінального права як цілого, наявності між ними відносин і зв'язків, що характеризуються упорядкованістю, логічною узгодженістю і несутеречливістю [24, с. 312].

З огляду на сказане, хотілось би поставити запитання: якщо законодавець усвідомлює проблему уникнення кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності особами, які, не будучи його засновниками або службовими особами, мають можливість здійснювати вирішальний вплив на його управління або господарську діяльність (а інакше вказівка в ст. 218-1 КК на «пов'язаних з банком осіб» замість згаданих у ст. 219 КК «засновників або службових осіб» сприйматися не може), то чому він не відреагував на наявність аналогічної за змістом проблеми, притаманної чинній редакції ст. 219 КК? Знайти логічне пояснення цьому факту складно

(якщо взагалі можливо). Якщо законодавець мав на меті створення упорядкованого, логічно узгодженого та позбавленого суперечностей кримінального законодавства, то наслідком ухвалення рішення про доповнення КК ст. 218-1 в її чинній редакції мало б стати внесення відповідних змін і до загальної норми (ст. 219 КК).

Звичайно, при уточненні кола спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ст. 219 КК, обов'язково слід враховувати той факт, що її застосування, на відміну від ст. 218-1 КК, вимагає звернення не до спеціального (банківського), а до загального (господарського) законодавства. Останнє ж для характеристики осіб, котрі незалежно від формального володіння мають можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, використовує поняття «кінцевий бенефіціарний власник (контролер) підприємства» (ст. 64-1 ГК), яке, вочевидь, і мало б фігурувати в удосконаленій ст. 219 КК замість існуючої на сьогодні вказівки на «засновника (учасника) або службову особу суб'єкта господарської діяльності». Прикметно, що первинна редакція законопроекту, згодом ухваленного як Закон № 218-VIII, передбачала доповнення КК ст. 218-1, в якій суб'єктами, спроможними поряд із керівником банку нести кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, визнавалися кінцевий бенефіціарний власник та інші власники істотної участі в банку. І лише згодом у доопрацьованому законопроекті з'явилась вказівка на «пов'язаних з банком осіб».

Одночасно варто зробити застереження: з урахуванням того, що господарські організації можуть створюватися у формі не лише підприємств, а й інших юридичних осіб (наприклад, господарських товариств), вказівка в диспозиції норми КК про відповідальність за доведення до банкрутства на термінологічний зворот «кінцевий бенефіціарний власник (контролер) підприємства», використаний у господарському законодавстві, мала б сприйматися як невинуватене звужування сфери дії кримінально-правової заборони. Тому в удосконаленій редакції ст. 219 КК має йтися або лише про «кінцевого бенефіціарного власника (контролера)», або про «кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи».

Цікаво, що визначення поняття «кінцевий бенефіціарний власник (контролер)» (далі – контролер) міститься не в господарському і не в цивільному законодавстві, а в Законі України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». У ст. 1 цього Закону контролер визначається як фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі. При цьому контролером не може бути особа, яка має формальне право на 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого права.

Якщо мова вже зайшла про суб'єктний склад злочину, передбаченого ст. 219 КК, вважаємо за доречно звернути увагу ще на один аспект, який може бути актуальним і для доведення банку до неплатоспроможності. Чинна редакція ст. 219 КК не містить застереження про те, що винний своєю поведінкою зумовлює стійку фінансову неспроможність саме того суб'єкта господарської діяльності, засновником (учасником) або службовою особою якого він є. Цілком очевидно, що вкрай несприятливе фінансове становище певного суб'єкта господарювання може бути викликане поведінкою сторонніх щодо цього суб'єкта осіб (представники контролюючих органів, службові особи інших юридичних осіб – суб'єктів господарської діяльності, які умисно ухиляються від виконання зобов'язань перед контрагентами, тощо). В літературі у зв'язку з цим зустрічаються різні пропозиції щодо уточнення кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за умисне доведення до банкрутства [13, с. 630–631; 28, с. 468, 598–599]. Сказане дозволяє поставити під сумнів правильність рішення українського законодавця, який обмежив коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за злочин, передбачений ст. 218-1 КК, пов'язаними з банком особами.

Аналізом внутрішньої узгодженості положень Закону № 218-VIII питання щодо його системності не вичерпується, оскільки системність кримінального права проявляється не лише в його внутрішніх, а і в зовнішніх відносинах та зв'язках. Як відзначає М. Панов, якщо внутрішні відносини і зв'язки визначають кримінальне право як єдиний цілісний системний об'єкт, елементи якого повинні знаходитися у відносинах і взаємозв'язках координації, узгодженості і несуперечливості, то зовнішні відносини та зв'язки свідчать про органічний зв'язок кримінального права з правовою системою України в цілому, зокрема з конституційним правом, міжнародним правом та іншими галузями права, що регулюють позитивні правовідносини: цивільним, господарським, екологічним правом [24, с. 312].

Загалом погоджуючись з пропонуваним розумінням «зовнішньої» системності кримінального права, хотілось би зробити уточнення стосовного того, що вона, крім зв'язків із галузями права, які регулюють так звані позитивні правовідносини, проявляється і у зв'язках з тими галузями права, якими передбачено інші (крім кримінальної) види юридичної відповідальності. У нашому випадку сказане передусім стосується відповідальності в межах адміністративного права.

Адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, законодавства, яке регулює переказ коштів в Україні, нормативно-правових актів НБУ або здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників банку чи інших кредиторів банку (далі, враховуючи об'ємність як назви, так і диспозиції розглядуваної адміністративно-правової норми, для характеристики передбачуваних у ній діянь ми будемо використовувати формулювання «порушення банківського законодавства»), передбачена ст. 166-5 КпАП. У контексті нашого дослідження хотілось би зосередити увагу на трьох основних змінах, які відбулися в зазначеній адміністративно-правовій забороні внаслідок ухвалення Закону № 218-VIII. Це: 1) уточнення кола суб'єктів адміністративного правопорушення за рахунок вказівки на «пов'язаних з банком осіб» замість «керівників банків»; 2) істотне посилення адміністративної відповідальності цих осіб: якщо до набрання чинності Законом № 218-VIII за вчинення діянь, передбачених ч. 1 ст. 166-5 КпАП, на них могло бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу від ста до тисячі НМДГ, то зараз за вчинення фактично тих же діянь передбачається накладення штрафу від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ; 3) ще більше посилення адміністративної відповідальності зазначених суб'єктів за аналогічні дії, якщо вони призвели до віднесення банку до категорії проблемних. Ця ініціатива втілена в життя шляхом доповнення ст. 166-5 КпАП новою (другою) частиною, санкція якої передбачає стягнення у виді штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ. Проаналізуємо більш докладно дві останні із зазначених законодавчих змін.

На перший погляд, з урахуванням тієї складної ситуації, в якій опинилася вітчизняна банківська система, значне посилення адміністративної відповідальності за порушення банківського законодавства виглядає цілком природно і сприймається як обґрунтований та виважений превентивний захід, який має забезпечити інтереси вкладників та інших кредиторів банку. Не менш логічним, знову ж на перший погляд, виглядає і рішення диференціювати адміністративну відповідальність за порушення банківського законодавства, які лише несуть потенційну загрозу порушення інтересів вкладників та інших кредиторів банку (ч. 1 ст. 166-5 КпАП), та вчинення аналогічних дій, які призвели до конкретного негативного наслідку такої діяльності, – віднесення банку до категорії проблемних (ч. 2 ст. 166-5 КпАП). Разом з тим, якщо спочатку поглянути на адміністративне право не як на «автономну», «незалежну» від інших галузей права, а як на один з елементів системи права як сукупності впорядкованих і узгоджених між собою норм права, які, хоча відносно самостійні, але тісно пов'язані між собою [29, с. 386], а потім проаналізувати зміни, про які йшлося вище, зокрема, на предмет їхньої координації та узгодженості з положеннями кримінального права, то ми будемо вимушені констатувати їх безсистемність, яка проявляється в наступному.

По-перше, нагадаємо, що в ч. 1 ст. 166-5 КпАП встановлено адміністративну відповідальність, зокрема, за такі різновиди порушень банківського законодавства, як подання недостовірної (неповної) звітності та здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Вочевидь, до таких операцій можуть бути віднесені будь-які ризикові операції, пов'язані з розміщенням залучених коштів, оскільки іманентно кожна з них потенційно загрожує інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Зроблений висновок враховує в тому числі зміст поняття «банківська діяльність», однією зі складових якої на законодавчому рівні визнано операції з розміщення залучених у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб від свого імені, на власних умовах та на власний ризик (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). З урахуванням сказаного використання подібної законодавчої конструкції загалом не може вважатися вдалим, зокрема, через те, що створює широке поле для можливих зловживань з боку НБУ, який на власний розсуд визначатиме, які ризикові операції загрожують, а які не загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку.

Як зазначалося вище, внаслідок ухвалення Закону № 218-VIII за здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, передбачається можливість накладення адміністративного стягнення у виді штрафу від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ. Водночас розмір штрафу як покарання за кримінально каране доведення до банкрутства (ст. 219 КК) складає від двох тисяч до трьох тисяч НМДГ.

Таким чином, наслідком внесених законодавчих змін стало те, що сьогодні адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, які несуть лише потенційну загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, є більш суворою (наявність у санкції ст. 219 КК додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю до трьох років не може вплинути на зроблений висновок), ніж кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства, котра настає за умови завдання державі чи кредитору матеріальної шкоди, яка в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ.

Більше того: за вчинення дій, вказаних у ч. 2 ст. 166-5 КпАП (порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних), передбачено адміністративне стягнення у виді

штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ. І це при тому, що віднесення банку до категорії проблемних, як це впливає зі ст. 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність», також жодним чином не пов'язано з фактом спричинення матеріальної шкоди державі чи кредитору.

У підсумку, «завдяки» ухваленню Закону № 218-VIII, наприклад, за систематичне подання та (або) оприлюднення недостовірної інформації або звітності з метою приховування реального фінансового стану банку, яке стало підставою віднесення банку до категорії проблемних, або здійснення ризикових операцій, яке призвело до того, що банк не виконав вимогу вкладника або іншого кредитора, строк якої настав п'ять і більше робочих днів тому (пункти 6 та 2 ч. 1 ст. 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність», відповідно), але при цьому не спричинило жодної матеріальної шкоди державі чи кредитору, на особу може бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу розміром десять тисяч НМДГ. Водночас за доведення до банкрутства – умисний злочин, який може бути вчинений лише з корисливих або інших особистих мотивів, – наприклад, містоутворюючого підприємства, яке спричинило багатомільйонні збитки і залишило без роботи значну частину працездатного населення міста, може бути призначено покарання у виді штрафу розміром дві тисячі НМДГ, тобто штраф, у п'ять разів менший порівняно з передбаченим КпАП.

До завдань цієї статті не входить пошук шляхів розв'язання вказаної проблеми, вирішення якої вимагає проведення окремого наукового дослідження. Але цілком очевидно, що якщо за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, передбачена відповідальність у виді штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ, то «найлегшим» покаранням, передбаченим у санкції статті про кримінально каране доведення до банкрутства (ст. 219 КК), має бути штраф у розмірі щонайменше від десяти тисяч НМДГ.

По-друге, не викликає сумнівів, що віднесення банку до категорії неплатоспроможних є більш суспільно небезпечним наслідком порушення банківського законодавства, ніж віднесення банку до категорії проблемних. Цей висновок ґрунтується на порівняльному аналізі критеріїв для визнання банку проблемним та неплатоспроможним, враховує ту обставину, що банківське законодавство допускає віднесення банку до категорії неплатоспроможних за умови неприведення банком своєї діяльності у відповідність до законодавства протягом 180 днів після визнання його проблемним, а не навпаки (статті 75, 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність»), а також впливає з порівняльного аналізу правових наслідків віднесення банку до категорії проблемних та неплатоспроможних, передбачених не лише Законом України «Про банки і банківську діяльність», а і Законом України від 23 лютого 2012 р. «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Урешті-решт непрямим підтвердженням слушності зробленого висновку виступає і той факт, що законодавець у ст. 218-1 КК встановив кримінальну відповідальність за дії, які призвели до віднесення банку до категорії саме «неплатоспроможних», а не «проблемних».

Вкотре нагадаємо, що за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, передбачено адміністративне стягнення у виді штрафу від п'яти до десяти тисяч НМДГ (ч. 2 ст. 166-5 КпАП). З огляду на аргументи, представлені вище, логічно було б припустити, що за аналогічні діяння, які спричинили віднесення банку до категорії неплатоспроможних, має бути передбачена або більш сувора адміністративна відповідальність (на кшталт того, як законодавець диференціював відповідальність за «звичайне» порушення банківського законодавства (ч. 1 ст. 166-5 КпАП) та аналогічні дії, які призвели до віднесення банку до категорії проблемних (ч. 2 ст. 166-5 КпАП)), або кримінальна відповідальність, зокрема, за умисні, а не ризикові дії, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних (доведення банку до неплатоспроможності). Однак законодавчі реалії зовсім інакші.

Раніше вже йшлося про те, що одним із наслідків ухвалення Закону № 218-VIII у частині доповнення КК ст. 218-1 стала декриміналізація значного масиву діянь, за які до набрання чинності цим Законом певні пов'язані з банком особи (засновники або службові особи) могли нести кримінальну відповідальність згідно зі ст. 219 КК. Сьогодні кримінальна відповідальність передбачена лише за доведення до банку до неплатоспроможності, якщо це завдало матеріальної шкоди кредитору або державі на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ. Таким чином, таке діяння, як доведення банку до неплатоспроможності, яке не спричинило наслідки, вказані у диспозиції ст. 218-1 КК, і, тим більше, порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, не можуть розцінюватись як злочини. Не завжди вказані діяння можуть кваліфікуватися і як адміністративне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 166-5 КпАП, оскільки в цій адміністративно-правовій забороні йдеться про віднесення банку до категорії проблемних, а не неплатоспроможних.

Хтось може сказати, що віднесення банку до категорії неплатоспроможних є логічним продовженням (у випадку неприведення протягом 180 днів банком своєї діяльності у відповідність із вимогами законодавства) визнання його проблемним, а тому дії правопорушника в будь-якому разі отримують правову оцінку з посиланням на ч. 2 ст. 166-5 КпАП. Але ж: по-перше, віднесення банку до категорії неплатоспроможних слід визнавати істотно небезпечнішим наслідком порушення банківського законодавства порівняно з від-

несенням банку до категорії проблемних; по-друге, і найголовніше, неприведення банком своєї діяльності у відповідність із вимогами законодавства протягом 180 днів з дня визнання його проблемним є лише однією з чотирьох вказаних у ст. 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність» підстав для віднесення банку до категорії неплатоспроможних.

Як бачимо, пов'язана з банком особа, котра вчинила порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, може зазнати правових наслідків, передбачених санкцією ч. 2 ст. 166-5 КпАП, лише в тому випадку, якщо таким діям передувало віднесення банку до категорії проблемних. Якщо ж віднесення банку до категорії неплатоспроможних НБУ мотивуватиме іншими підставами, передбаченими ст. 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (зменшення розміру регулятивного капіталу або нормативів капіталу банку до однієї третини від мінімального рівня, встановленого законом та/або нормативно-правовими актами Національного банку України, невиконання банком протягом 10 робочих днів поспіль 10 і більше відсотків своїх зобов'язань перед вкладниками та іншими кредиторами, одноразове грубе або систематичне порушення банком законодавства у сфері готівкового обігу, що створює загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку), інкримінування особі ч. 2 ст. 166-5 КпАП виключається.

Отже, єдиною нормою, за якою теоретично можуть кваліфікуватися як «звичайні» випадки порушення банківського законодавства, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, так і випадки доведення банку до неплатоспроможності, які завдали кредитору або державі матеріальної шкоди на суму, меншу за десять тисяч НМДГ, залишається ч. 1 ст. 166-5 КпАП. Як наслідок, знову маємо нелогічну ситуацію: за порушення банківського законодавства, яке не завдало жодної матеріальної шкоди державі або кредитору, а лише призвело до віднесення банку до категорії проблемних, на пов'язану з банком особу, незалежно від її психічного ставлення (умисного чи необережного) до можливості настання вказаних наслідків, може бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу розміром до десяти тисяч НМДГ; водночас за вчинення умисного, з корисливих або інших особистих мотивів доведення банку до неплатоспроможності, що спричинило матеріальну шкоду державі або кредитору на суму, наприклад, у десять млн. грн., на пов'язану з банком особу «в кращому випадку» може бути накладене адміністративне стягнення у виді штрафу розміром від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ.

До першопричин виникнення продемонстрованої очевидної невідповідності між санкціями та суспільною небезпекою аналізованих діянь слід віднести рішення законодавця про встановлення кримінальної відповідальності лише за те доведення банку до неплатоспроможності, наслідком якого стало завдання матеріальної шкоди державі або кредитору на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ. При цьому законодавець не визнав за потрібне передбачити самостійну відповідальність ні за «звичайне» порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, ні за доведення банку до неплатоспроможності, наслідком якого стало завдання матеріальної шкоди державі або кредитору на суму, меншу за десять тисяч НМДГ.

Принагідно зауважимо, що подібна фрагментарність у прийнятті рішень не є новою для Верховної Ради України, у зв'язку з чим інколи вже складається враження, що безсистемність кримінального правотворення поступово набуває рис системності. Так, автори цих рядків вже неодноразово привертати увагу до багато в чому подібної за змістом проблеми, притаманної ст. 239-2 КК. Нагадаємо, що, встановивши в ч. 1 ст. 239-2 КК кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах, законодавець не визнав за потрібне передбачити в КпАП самостійну відповідальність ні за «просте» незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, ні за незаконне заволодіння цим шаром у великому розмірі. Як наслідок, складається враження, що чинним законодавством передбачено лише один вид відповідальності (кримінальна) за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, причому відразу за вчинення цих дій в особливо великих розмірах. Як шлях розв'язання цієї проблеми нами пропонувалось (за умови збереження в КК окремої норми про відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду) таке конструювання правових норм: в окремій статті КпАП (наприклад, ст. 53-7) має бути передбачена адміністративна відповідальність за некваліфіковане («просте») незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду; у ч. 1 ст. 239-2 КК – кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду у великому розмірі, а в ч. 2 ст. 239-2 КК – відповідальність за ті ж дії, вчинені в особливо великих розмірах [30, с. 237 – 240; 31, с. 414].

Видається, що подібним чином могла б бути вирішена і проблема конструювання заборон, присвячених відповідальності за діяння, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. Отже, в окремій частині ст. 166-5 КпАП має бути передбачена адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. Причому враховуючи доволі істотний, як для КпАП, розмір штрафу, вже передбачений за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, а так само санкції ст. 218-1 і ст. 219 КК, оптимальною

видається диференціація адміністративної відповідальності за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних і неплатоспроможних, із передбаченням відповідальності за ці діяння в межах чинної санкції ч. 2 ст. 166-5 КпАП. Наприклад, за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, могло б передбачатися адміністративне стягнення у виді штрафу від п'яти тисяч до семи тисяч НМДГ у той час, як за аналогічні дії, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, – від семи тисяч до десяти тисяч НМДГ.

А от відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальну шкоду на суму, меншу десяти тисяч НМДГ, мала б передбачатися в межах ч. 1 ст. 218-1 КК. При цьому з урахуванням ст. 219 КК мінімальний поріг суспільно небезпечних наслідків як умови настання кримінальної відповідальності за вказані дії міг би скласти п'ятсот НМДГ. Відповідальність же за дії, описувані в ч. 1 чинної редакції ст. 218-1 КК, мала б передбачатися в новій частині 2 з корегуванням у бік посилення санкцій цієї кримінально-правової норми.

У світлі викладеного вище дивує пасивна позиція парламентських експертів при опрацюванні ними законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 218-VIII. Так, у згаданому раніше висновку від 2 березня 2015 р. фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України критично аналізують лише ті зміни, пов'язані з ухваленням Закону № 218-VIII, які торкаються положень законів України «Про банки і банківську діяльність» і «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Зміни ж до КпАП та КК фахівці залишили поза своєю увагою. Члени ж Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності взагалі замість того, щоб поставити законопроекту фаховий «діагноз», у своєму висновку від 2 березня 2015 р. фактично відтворили анотацію пояснювальної записки, розробленої суб'єктами відповідної законодавчої ініціативи.

Показана вище ситуація із співвідношенням злочинних та адміністративно караних проявів доведення банків до неплатоспроможності зайвий раз переконує в тому, що подальше реформування кримінального законодавства та оновлення адміністративно-деліктного законодавства, чимало положень якого виглядають морально застарілими, мають бути максимально узгоджені між собою, а опікуватись процесом паралельного (наскрізного) перегляду змістовно пов'язаних між собою розділів КК і глав КпАП повинні експертні групи, до складу яких входили б представники обох галузей права. Як слушно зазначається в літературі, законодавцю для вирішення проблеми конкуренції норм кримінального та адміністративного законодавства слід формулювати в диспозиціях статей конкретні критерії, які виражаються через об'єктивні, суб'єктивні ознаки складів і характеризують те чи інше діяння. Різниця між складами злочинів та адміністративних правопорушень, що конкурують, має бути очевидною і не викликати суперечливих рішень [С. 19–20]. Вказаний підхід вважаємо цілком прийнятним і в частині усунення колізій кримінально- та адміністративно-правових норм.

З доповненням КК ст. 218-1 значно актуалізувалося і давно відоме вітчизняному кримінальному праву (і не лише йому) питання про доцільність встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство. Так, ще більше 10 років тому один з авторів цих рядків ставив злободенне і сьогодні питання: наскільки виправдано в сучасних умовах звільняти від кримінальної відповідальності бізнесмена, який внаслідок легковажного витрачання коштів на надання безвідсоткових позик родичам і знайомим або інших подібних діянь завдає майнової шкоди своїм кредиторам? [33, с. 615]

Виявляється, що кримінальне законодавство, зокрема, Австрії, ФРН і Швейцарії встановлює відповідальність не лише за злісне (умисне або шахрайське) банкрутство, а і за просте банкрутство, суб'єктивна сторона якого характеризується здебільшого необережною формою вини. Криміналізація необережного банкрутства пояснюється, по-перше, тим, що недбала поведінка боржника у сфері підприємництва порушує добросовісні зобов'язання, які боржник покладає на себе для захисту інтересів своїх кредиторів, по-друге, тим, що неспроможність боржника і заподіяння майнової шкоди кредиторам є закономірним результатом неправомірної поведінки суб'єкта [34, с. 98–99; 35, с. 72–76]. Кримінально караним банкрутством, вчиненим з необережності, визнається така поведінка: надмірні, нерентабельні витрати боржника, які не відповідають його майновому становищу і елементарним правилам обачності; незадовільне розміщення капіталу; легковажне використання наданого кредиту; отримання у борг нових сум особою, яка знає або повинна знати про свою неплатоспроможність; надання легковажних гарантій; укладення збиткової або спекулятивної угоди з товарами або цінними паперами, яка не відповідає вимогам належного ведення господарської практики, тощо. Норми про кримінальну відповідальність за необережне банкрутство відомі законодавству і інших країн (Болгарія, Латвія, Польща, Швеція та ін.).

При поверхневому вивченні кримінального права деяких країн із розвинутою ринковою економікою (наприклад, Іспанії чи Франції) може скластись враження про те, що у них декримінальоване необережне банкрутство. Насправді ж найбільш небезпечні види такого банкрутства прирівнюються до злісного банкрутства, причому покарання в цьому разі навіть посилюється [36, с. 254]. У законодавстві дореволюційної Росії кримінально караним визнавалось не лише зловмисне, а і просте (або, інакше кажучи, необережне) банкрутство, під яким розумілось впадіння у неспроможність внаслідок марнотратства боржника у приватному житті або

легковажності у професійній діяльності. Запровадження кримінальної відповідальності за необережне банкрутство пояснювалось тим, що: кожна особа зобов'язана турбуватись про задоволення зроблених нею боргів і не повинна ставитись з повною зневагою до інтересів своїх кредиторів; будь-яке банкрутство завдає шкоди торгівлі; часті або значні банкрутства здатні викликати фінансове потрясіння всієї держави, оскільки торгівля ґрунтується на кредиті, а купці і фабриканти пов'язані між собою; банкрутство одного нерідко викликає банкрутство багатьох інших, внаслідок чого виникає загроза економічним інтересам певної місцевості або навіть усієї держави [33, с. 617]. Не маючи на меті розглянути в рамках пропонованої статті всі наукові погляди щодо вказаного питання, обмежимося констатацією того, що нині український законодавець сприйняв точку зору тих теоретиків, котрі вважають, що кримінально караним, з огляду на іманентно ризиковий характер підприємницької діяльності, має визнаватися лише умисне банкрутство, а криміналізація необережного створення та збільшення неплатоспроможності фактично означатиме запровадження кримінальної відповідальності за саму підприємницьку діяльність. Водночас мусимо відзначити, що не всіма криміналістами така позиція сприймається як аксіоматична.

Так, Б. Грек визнав безкарність «необережного банкрутства» вадою ст. 219 КК, вважаючи таку ситуацію надзвичайним лібералізмом КК. Аргументуючи свою точку зору, правник указує на те, що найбільш тяжкі та явно протиправні випадки «необережного банкрутства» є не менш небезпечним посяганням на чужі майнові права та інтереси, ніж «злісне банкрутство» [37, с. 152]. О. Фролова також висловлюється за криміналізацію необережного банкрутства. Вступаючи в полеміку з науковцями, на думку яких встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство буде свідченням надмірної криміналізації, авторка вказує, що, з огляду на однаковість економічних наслідків злісного і необережного банкрутства, навряд чи правильно списувати все на незнання закону, відсутність належної освіти, некомпетентність окремих осіб і на цих підставах звільняти їх від кримінальної відповідальності за необережне банкрутство [38, с. 136]. У розвиток цього можна зазначити, що суб'єкти, які складають топ-менеджмент банків, «володіють високими професійними навичками, спеціальною освітою, а отже, не можуть не усвідомлювати, що управлятимуть грошима, цінностями людей, які їм довірено» [39]. До того ж здійснення ризикових операцій у банківській сфері, на нашу думку, більше відповідає не умисній, а необережній формі вини.

Не виключає встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство М. Талан, пов'язуючи, щоправда, такий крок з підвищенням рівня правової культури у суспільстві [40, с. 41]. Цікава аргументація на користь криміналізації необережного банкрутства лунає з вуст ще одного російського дослідника І. Клепицького. Він пише, що необережне банкрутство є винним завданням майнової шкоди іншій особі, що споріднює цю норму з нормою про необережне знищення або пошкодження майна. Оскільки останнє тягне кримінальну відповідальність, І. Клепицький робить висновок про те, що немає причин і необережне банкрутство не розглядати як злочинне. Крім того, необережне банкрутство більш небезпечне, ніж знищення або пошкодження майна через необережність, оскільки завдає шкоду не лише майновим інтересам кредиторів, а і народному господарству в цілому, підриваючи довіру до кредитних відносин і позбавляючи економіку необхідних для її успішного розвитку матеріальних ресурсів. У цьому разі йдеться про винні дії, що виходять за межі обґрунтованого господарського ризику. Врешті-решт криміналізація необережного банкрутства дозволить боротись з умисними банкрутськими зловживаннями [36, с. 254, 301–302].

Г. Болдарь висловила за доповнення КК України нормою про відповідальність за необережне вчинення засновником (учасником) або службовою особою діянь, що призвели до стійкої фінансової неспроможності банків та інших фінансових установ, містоутворюючих, стратегічних та особливо небезпечних підприємств, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі чи кредиторам. Свою точку зору науковець пояснювала згадуваною вище підвищеною суспільною безпекою банкрутства зазначених суб'єктів господарювання [21, с. 160–161]. Зі схожими за змістом пропозиціями виступали і інші дослідники [41, с. 4].

Звернула Г.Є. Болдарь увагу і на ту обставину, що якщо притягувати до кримінальної відповідальності службову особу за невиконання обов'язків, яке призвело до банкрутства підприємства (необережність) (ст. 367 КК), то порушуватиметься підхід, згідно з яким умисний злочин визнається більш небезпечним, ніж необережний, оскільки санкція ст. 219 КК встановлює верхню межу основного покарання у виді обмеження волі до трьох років (сьогодні – штраф до трьох тисяч НМДГ) (злочин невеликої тяжкості) у той час, як санкція ч. 2 ст. 367 КК визначає верхню межу основного покарання як п'ять років позбавлення волі (злочин середньої тяжкості) [21, с. 157].

З цього приводу варто зазначити, що багатьма правниками висловлюється думка про те, що злісне банкрутство – це не просто умисне заподіяння шкоди, а обманне банкрутство, обман кредиторів, суду, явні, відкриті дії, іноді зухвалі, що умисно посягають на чуже майно. Інакше кажучи, фактично – це шахрайство [37, с. 28; 42, с. 314]. Думка не нова: своєрідним різновидом шахрайства називав банкрутство дореволюційний вчений І. Фойницький. У цьому контексті згадуються і слова В. Навроцького, котрий чи не всі новели розділу про злочини у сфері господарської діяльності відносить до різновидів шахрайства в його широкому розумінні [43, с. 281].

Справді, «злісне банкрутство» має багато спільних ознак із шахрайством, у зв'язку з чим логічно виникає питання: чому за шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах (шістсот і більше НМДГ), передбачається покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років позбавлення волі з конфіскацією майна в той час, як за доведення до банкрутства, яке завдало кредиторам аналогічну матеріальну шкоду, може бути призначено основне покарання лише у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч НМДГ (зазначений основний вид покарання з урахуванням обмежень, закріплених ч. 2 ст. 59 КК, не дає можливості для передбачення додаткового покарання у виді конфіскації майна).

Правий Г.О. Усатий, котрий, аналізуючи пропозиції В. Улибіної збільшити розміри штрафу, передбачені ст. 219 КК, у своєму відгуку офіційного опонента вказує на те, що не можна за умов подальшої гуманізації вітчизняного кримінального законодавства свавільно та необґрунтовано збільшувати види та розміри покарань, які запропоновані законодавцем у чинній редакції цієї статті. Разом з тим останні зміни до адміністративного та кримінального законодавства в частині відповідальності за діяння, пов'язані з неплатоспроможністю (зокрема, згадане вище посилення санкцій ст. 166-5 КпАП), а також криміналізація низки порушень господарського законодавства дають підстави припустити, що законодавець поступово починає усвідомлювати очевидну передчасність проведеної в 2011 р. гуманізації кримінального законодавства в частині відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності.

Знову ж погоджуючись з Г.О. Усатим у тому, що необхідно відшукувати баланс між суворими та гуманними видами покарань, маємо відзначити, що останнім часом спостерігається істотне порушення такого балансу якраз через навряд чи виправдане ігнорування законодавцем інших, крім гуманізму, методів реалізації вітчизняної кримінально-правової політики. Видається, що красномовною ілюстрацією подібних невітшних тенденцій у кримінальній законотворчості може слугувати ст. 219 КК: суворість покарання, передбаченого її санкцією, є очевидно непропорційною суспільній небезпеці описуваних у диспозиції відповідної кримінально-правової норми дій, що особливо контрастує на фоні санкцій, передбачених ст. 166-5 КпАП. У черговий раз переконались у необхідності посилення передбаченої ст. 219 КК відповідальності за доведення до банкрутства.

Повертаючись до проблеми криміналізації необережного банкрутства, варто зазначити, що злободенність цієї проблеми посилюється в тому числі через очевидні труднощі встановлення і доказування умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу злочину «доведення до банкрутства».

Взагалі, як відомо, з усіх елементів складу злочину саме суб'єктивна сторона є найбільш складною для встановлення. З цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що суб'єктивні процеси є такими, що прямо не спостерігаються; їх не можна виміряти якимись приладами. Вину як щось суб'єктивне можна визначити тільки шляхом аналізу та оцінки об'єктивних обставин вчиненого особою правопорушення. Тому досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого діяння є відносним і цілком залежить, з одного боку, від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, та, з іншого, від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей [44, с. 11].

Враховуючи специфіку банківської діяльності, згадані труднощі ще більшою мірою притаманні ст. 218-1 КК, що, судячи з пояснювальної записки до законопроекту, цілком усвідомлювали і його автори. Вони писали: «Вкладники та інші кредитори банку опиняються в ситуації, коли їхні права порушуються внаслідок здійснення керівниками банку ризикових операцій із пов'язаними з банком особами. Більше того, ризикові операції у переважній більшості випадків проводяться опосередковано, а отже, відслідкувати схему шахрайства через розгалужене коло можливих її учасників заздалегідь не вбачається можливим». Додамо від себе: не лише відслідкувати, а і довести умисел учасників подібних схем, спрямованих на доведення банку до неплатоспроможності, дуже непросто.

Подібної точки зору дотримується і М. Саєнко, відзначаючи, що аналіз диспозиції ст. 218-1 КК дає підстави для висновку про те, що довести наявність складу злочину в діях певних осіб буде досить складно [27]. І. Клепицький як переконливий прибічник ідеї криміналізації необережного банкрутства з цього приводу зауважує, що із зовнішнього боку умисне та необережне банкрутство нічим не відрізняються (в обох випадках мають місце певні неефективні, безгосподарські дії); розмежувати ці види банкрутства можна лише за суб'єктивними, психологічними ознаками, встановити які в кримінальному процесі надзвичайно складно, а інколи – неможливо [36, с. 301]. Ще більш категорично висловлюється з цього приводу А. Вігірінський, на думку якого особа, винна у скоєнні злочину, караного за ст. 218-1 КК, повинна усвідомлювати, що сукупність саме її дій, рішень та вчинків спрямована на доведення банку до стану неплатоспроможності, усвідомлює та бажає цього. Це має бути тривала системна робота з сукупності дій, розтягнутих на значний проміжок часу, що фактично позбавляє можливості персоналізувати суб'єкт вчинення злочину. А якщо мова йтиме про вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою з розподілом ролей, то доведення їх спільного умислу, обізнаності одного про дії іншого фактично неможливе. Крім цього, банківські установи не функціонують у межах обмеженого простору, вони мають розгалужену мережу з розподілом повноважень між структурними підрозділами, а тому вертикаль, яка б на вершині привела до особи, що приймала всі рішення та повинна за них відповідати, не буде простежуватися [39].

Водночас занадто категоричним виглядає таке твердження згаданого автора: «Наявні інститути ухвалення колективних рішень, припустімо про кредитування, де за рішення голосують члени комітету (комісії), і воно приймається більшістю голосів, взагалі унеможливорює персоналізовану відповідальність» [39]. З кримінально-правової точки зору питання вирішується інакше: якщо доведення банку до неплатоспроможності стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, за справедливим зауваженням В. Навроцького, має нести кримінальну відповідальність як виконавець злочину [5, с. 287]. Не повинна відповідати за доведення банку до неплатоспроможності та пов'язана з банком особа, яка голосувала проти ухвалення рішення, що призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. У тому разі, коли особа діяла, виконуючи обов'язкове для неї рішення колективного органу управління, питання про кримінально-правову оцінку її поведінки має вирішуватись з огляду на субінститут виконання наказу чи розпорядження (ст. 41 КК).

Повертаючись до проблеми суб'єктивної сторони розглядуваного злочину, зауважимо, що, на нашу думку, питання варто ставити в такому ключі: чи не порушує конструювання ст. 218-1 КК такий принцип криміналізації діянь, як принцип процесуальної здійсненності кримінального переслідування? З цього приводу згадуються слова Г. Злобіна, який свого часу відзначав, що загалом позитивна традиція радянського правознавства розглядати матеріальне кримінальне право та кримінальний процес як відносно самостійні галузі права, науки та юридичні дисципліни має і деякі негативні наслідки. До їх числа належить, зокрема, недостатнє врахування практичних можливостей достовірного встановлення деяких елементів складу злочину, сформульованого кримінальним законом [15, с. 231]. Як зазначається в юридичній літературі, свідомо прийняте правом ототожнення достовірно встановленого з дійсно існуючим і невстановленого (недоведеного) з неіснуючим у реальній дійсності дає суду можливість виносити компетентні і юридично правильні рішення у будь-якій справі – як тоді, коли обставини справи безсумнівно встановлені, так і у випадках завідомого незнання істотних обставин справи [45, с. 238]. Конструкція ж ст. 218-1 КК фактично позбавляє суд, як і інші правозастосовні органи, можливості достовірного встановлення ознак суб'єктивної сторони складу передбаченого нею злочину і, відповідно, можливості винесення компетентного рішення у справі. Тим самим законодавець фактично створив усі «передумови» для поповнення за рахунок ст. 218-1 числа «мертвих» кримінально-правових норм. У науці кримінального права під такими нормами розуміють норми КК, які характеризуються конструктивними недоліками, незавершеністю законодавчої регламентації елементів складу злочину, передбачають неіснуючі умови реалізації кримінально-правових норм, які не знаходять правозастосування в діяльності судово-слідчих органів [46, с. 231].

Таким чином, схилиємося до думки про те, що, незважаючи на іманентно ризиковий характер, притаманний будь-якому виду підприємницької діяльності, включаючи банківську діяльність, на сучасному етапі розвитку господарської діяльності кримінально-правовий механізм охорони прав кредиторів не може бути ефективним без наявності у своєму арсеналі можливості кримінальної відповідальності за необережні діяння, які призвели до неплатоспроможності суб'єктів, банкрутство яких (у кримінально-правовому сенсі цього поняття) несе в собі підвищену, порівняно з іншими суб'єктами господарювання, суспільну небезпеку – банків, містоутворюючих, стратегічних, особливо небезпечних підприємств тощо. Перелік таких суб'єктів, як і текст відповідної кримінально-правової заборони, має бути визначений на підставі окремого наукового дослідження.

При цьому слід, зокрема, ураховувати застереження, зроблене в юридичній літературі: кримінальна відповідальність за діяння, пов'язані з банкрутством, повинна виключатись у випадку, якщо в поведінці особи вбачаються ознаки обґрунтованого комерційного ризику [47, с. 12]. До речі, застосовуючи ст. 218-1 і ст. 219 чинного КК, треба також встановлювати відсутність в діях особи виправданого ризику як обставини, що виключає злочинність діяння (ст. 42 КК).

Цікаво, що однією з основних тенденцій сучасного розвитку кримінального законодавства щодо банкрутства у світі є стирання меж між злісним і необережним банкрутством [48, с. 53]. У будь-якому разі та обставина, що у супровідних матеріалах, пов'язаних з прийняттям Закону № 218-VIII, не вдалося зустріти навіть натяку на проблему криміналізації необережного банкрутства банків, не може не свідчити про низький професійний рівень тих, хто нині займається законотворчою діяльністю.

Отже, можемо констатувати, що поспішне і не до кінця виважене рішення законодавця про доповнення КК ст. 218-1 ставить під сумнів можливість реалізації задекларованої мети ухвалення Закону № 218-VIII у частині створення ефективного механізму протидії порушенням банківського законодавства у сфері доведення банків до неплатоспроможності. Ще більш категоричну позицію з цього приводу займає М. Саєнко, котра, визначаючи перспективи Закону № 218-VIII, стверджує, що прийняття його в існуючій редакції не тільки не знизить рівень конфліктогенності на ринку, а, навпаки, може погіршити ситуацію, остаточно підірвавши довіру до банківської системи України та органів державної влади [27].

Результативність ст. 218-1 КК виглядає малоімовірною і через те, що її застосуванню, крім «власних», проаналізованих вище вад, заважатимуть і ті проблемні аспекти, які дісталися їй у «спадок» та ускладнюють дію

загальної щодо неї норми – ст. 219 КК (неохоплення об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, «чистої» бездіяльності; встановлення неплатоспроможності як ознаки відповідного складу злочину і преюдиціальність рішення господарського суду; встановлення великої матеріальної шкоди державі чи кредитору як кінцевого наслідку доведення до банкрутства, охоплення цим суспільно небезпечним наслідком упущеної вигоди та доцільність конструювання складу вказаного злочину як формального; складність доведення умислу як ознаки суб'єктивної сторони складу злочину тощо).

У теорії права усталеним є положення про те, що законотворчість лише в тому випадку досягає успіху, якщо вона ґрунтується на науковому знанні, правовій культурі і законодавчій техніці. Всі ці три складові в ситуації з включенням до КК статтею 218-1, на жаль, відсутні. Вказане у черговий раз переконує в тому, що якісний кримінальний закон може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів. Складно не погодитись з І. Клепицьким у тому, що жодні економічні, соціологічні і кримінологічні дослідження і прогнози не замінять кропіткої праці юриста-догматика [48, с. 60]. Сказане повною мірою стосується і можливої реалізації пропозицій, спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за частину господарських злочинів, безпідставно декриміналізованих у листопаді 2011 р., включаючи порушення, пов'язані із неплатоспроможністю. Поки що діяльність Верховної Ради України у частині оновлення кримінального закону дуже часто не є якісною і не може не викликати нарікань як у теоретиків, так і у практиків. Водночас, не дивлячись на наш скепсис щодо появи ст. 218-1 КК, висловимо сподівання на те, що ця кримінально-правова заборона все ж не поповнить когорту «мертвих» норм КК і застосовуватиметься на практиці, адже основна проблема в кримінально-правовій протидії зловживанням, пов'язаним із банкрутством, у сьогоденній Україні – в бажанні та вмінні застосовувати чинний кримінальний закон.

1. Барышева К. А. Уголовно-правовая защита прав кредиторов при банкротстве кредитных организаций : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / К. А. Барышева. – М., 2012. – 28 с.
2. Кримінальне право України : Загальна частина : підручник / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
3. Кучер В. Г. Понятие и виды специальных норм Особенной части советского уголовного законодательства / В. Г. Кучер // Проблемы совершенствования советского законодательства. – 1990. – Вып. 48. – С. 110–115.
4. Свидлов Н. М. Специальные нормы в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Н. М. Свидлов. – М., 1979. – 19 с.
5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
6. Горох О. П. Проблеми конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм / О. П. Горох // Наукові записки національного університету «Києво-Могилянська академія». – 2009. – Т. 90. – С. 94–98.
7. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. – М. : Юрид. лит., 1972. – 352 с.
8. Марін О. К. Конкуренція кримінально-правових норм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Марін Олександр Костянтинович. – Львів, 2001. – 232 с.
9. Устименко В. В. Специальный субъект преступления / В. В. Устименко. – Х. : Выща шк. Изд-во при ХГУ, 1989. – 104 с.
10. Улибіна В. О. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Улибіна Вікторія Олександрівна. – К., 2014. – 255 с.
11. Бірюков О. М. Правове регулювання ліквідації неспроможних банків : проблеми і шляхи їх розв'язання / О. М. Бірюков // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 3. – С. 124–128.
12. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Яремко Галина Зіновіївна. – Львів, 2010. – 408 с.
13. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. – Луганськ : видавництво «Елтон – 2», 2012. – 780 с.
14. Ревский Д. В. Доведение до банкротства : сравнительный анализ хозяйственно-правового и уголовно-правового регулирования / Д. В. Ревский // Экономика и право. – 2005. – № 2. – С. 144–150.
15. Кудрявцев В. Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; под ред. В. Н. Кудрявцева, А. М. Яковлева. – М. : Наука, 1982. – 304 с.

16. Гонтарева: рефінансування допомагає банкам [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bbc.co.uk/ukrainian/politics/2015/03/150306_gontareva_parliament_speech_she.
17. Кравцова О. М. Монопрофільні міста та містоутворюючі підприємства з точки зору упередження банкрутства / О. М. Кравцова // Экономика и управление. – 2014. – № 1. – С. 82–88.
18. Лисичанськ опинився на межі соціального вибуху [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tyzhden.ua/Society/82631>.
19. Голодний бунт на заводі «Лисичанська сода» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://volyn.rivne.com/ua/695>.
20. Бондик В. А. Окремі проблеми банкрутства містоутворюючих та особливо небезпечних підприємств / В. А. Бондик, О. П. Подцерковний // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. – С. 121–127.
21. Болдарь Г. Є. Незаконні дії у разі банкрутства : проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Болдарь Галина Євгенівна. – Луганськ, 2007. – 226 с.
22. Боев О. В. Уголовная ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство кредитных организаций : автореф. канд. ... юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / О. В. Боев. – М., 2011. – 23 с.
23. Хто буде розплачуватися за борги «Дельта банку» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://espresso.tv/article/2015/03/03/nadto_khytkyy_schob_vpasty_khto_bude_rozplachuvatysya_za_borhy_quotdelta_bankuquot.
24. Панов М. І. Системність кримінального права і проблеми удосконалення кримінального законодавства / М. І. Панов // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 311–317.
25. Казак К. Верховна Рада посилила відповідальність власників банків / К. Казак // Юрист&Закон. – 2015. – 19 березня 2015 р. – № 10.
26. Доведення банку до неплатоспроможності як новела Кримінального кодексу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: bsb-partners.com/article/111#sthash.9JPdy65G.dpuf.
27. Саєнко М. Відповідальність перших осіб перед клієнтами : ілюзія чи реальність? / М. Саєнко // Юрист&Закон. – 5 березня 2015 р. – № 8.
28. Демидова Л. М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок) : теорія, закон, практика : монографія / Л. М. Демидова. – Х. : Право, 2013. – 752 с.
29. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
30. Злочини проти довкілля : кримінально-правова характеристика : практ. пос. / О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, В. М. Комарницький, М. В. Комарницький, Р. О. Мовчан / за ред. О. О. Дудорова. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2014. – 616 с.
31. Мовчан Р. О. Про деякі проблеми кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (ст. 239-2 КК України) / Р. О. Мовчан // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2013. – С. 411–414.
32. Яницкий Ю. А. Проблемы конкуренции уголовно-правовых и административно-правовых норм // Российская юстиция. – 2008. – № 7. – С. 19–20.
33. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності : кримінально-правова характеристика / О. О. Дудоров. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 924 с.
34. Тимербулатов А. Х. Защита прав кредиторов в уголовном законодательстве Австрии, ФРГ и Швейцарии / А. Х. Тимербулатов // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 95–100.
35. Можайская Л. А. Уголовная ответственность за деяния, связанные с банкротством, по Уголовному кодексу Германии // Государство и право. – 2005. – № 3. – С. 72–76.

36. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений / И. А. Клепицкий. – М.: Статут, 2005. – 572 с.
37. Грек Б. М. Кримінально-правова відповідальність за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Грек Борис Миколайович. – К., 2005. – 206 с.
38. Фролова О. Г. Злочини, пов'язані з банкрутством, в Україні : кримінально-правова характеристика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Фролова Олена Григорівна. – К., 2006. – 211 с.
39. Андрій Вігірінський: Рятівний круг для НБУ: відповідальність пов'язаних з банками осіб – не більше, ніж черговий популізм [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://blogs.lb.ua/andriy_vigirinskiy/298073_ryativniy_krug_nbu.html.
40. Талан М. В. Законодательство европейских государств о налоговых преступлениях и ответственности за банкротство и юридических лиц / М. В. Талан // Актуальные проблемы юридической ответственности за нарушения в сфере экономической деятельности и налогообложения : материалы третьей научно-практической конференции / отв. ред. Л. Л. Кругликов. – Ярославль : Яросл. гоС. ун-т, 2004. – С. 38–43.
41. Тимербулатов А. Неосторожное банкротство как противоправное деяние / А. Тимербулатов // Законность. – 2000. – № 11. – С. 2–4.
42. Володін А. В. Доведення суб'єктів господарської діяльності до банкрутства внаслідок недобросовісного господарювання / А. В. Володін // Вісник Донецького національного університету. Серія В: економіка і право. – 2009. – Вип. 2. – С. 313–317.
43. Навроцький В. О. Середньострокові тенденції розвитку кримінального права України / В. О. Навроцький // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 279–282.
44. Складов С. В. Вина и мотивы преступного поведения / С. В. Складов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 326 с.
45. Злобин Г. А. Умысел и его формы / Г. А. Злобин, Б. С. Никифоров. – М. : Юрид. лит., 1972. – 264 с.
46. Дмитрук М. «Мертві норми» КК України: спроба наукового пояснення поняття та причин виникнення / М. Дмитрук // Право України. – 2010. – № 6. – С. 226–231.
47. Светачев П. А. Уголовно-правовая ответственность за банкротство : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / П. А. Светачев. – М., 1997. – 24 с.
48. Клепицкий И. А. Банкротство как преступление в современном уголовном праве / И. А. Клепицкий // Государство и право. – 1997. – № 11. – С. 52–60.

УМИСНЕ ВВЕДЕННЯ В ОБІГ НА РИНКУ УКРАЇНИ НЕБЕЗПЕЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА¹

Ч. 3 ст. 42 Конституції України проголошує, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має право на те, щоб продукція за звичайних умов її використання, зберігання і транспортування була безпечною для його життя, здоров'я, навколишнього природного середовища, а також не завдавала шкоди його майну. Право фізичної особи на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти і предмети побуту) закріплене у ст. 293 Цивільного кодексу України. Проте, мабуть, кожен із нас як споживач практично щодня відчуває на собі проблему обігу недоброякісних і небезпечних товарів, робіт, послуг. Не є секретом, наприклад, що прання за допомогою низькоякісних синтетичних миючих засобів негативним чином позначається на здоров'ї людей, викликаючи алергічні захворювання і захворювання шкіри. Вражають і цифри про кількість людей, які кожного року стають в Україні жертвами харчових отруєнь, – в середньому це понад 10 тисяч осіб. Не викликає сумнівів, що за умов ринкової економіки і притаманної їй жорсткої конкуренції між суб'єктами господарювання людина потребує особливого захисту, коли вона виступає споживачем товарів, робіт, послуг. Однією з кримінально-правових заборон, покликаних забезпечити такий захист, є ст. 227 КК України, яка наразі встановлює відповідальність за вчинене у великих розмірах умисне введення в обіг (випуск на ринок України) небезпечної продукції.

Не дивлячись на викладення ст. 227 КК в грудні 2010 р. в новій редакції, яка суттєво відрізняється від попередньої редакції цієї статті КК, кількість наукових публікацій, в яких би розкривалась кримінально-правова характеристика передбаченого вказаною нормою злочину, є невинувато малою. Фактично на сьогодні до таких робіт можуть бути віднесені хіба що монографічне дослідження М.І. Хавронюка, присвячене кримінально-правовому забезпеченню права споживачів на безпечність продукції, та науково-практичний коментар до ст. 227 КК, автором якого є А.М. Ришелюк. Між тим, перед доктриною і практикою постають питання, наскільки вдалими є зміни до КК у частині регламентації відповідальності за випуск на ринок небезпечної продукції та який зміст мають об'єктивні і суб'єктивні ознаки складу злочину, передбаченого оновленою ст. 227 КК, і особливо в контексті реформування регулятивного законодавства, до положень якого відсилає бланкетна диспозиція досліджуваної кримінально-правової норми. Висвітлення зазначених питань і є метою пропонованої статті.

Передусім нагадаємо, що в попередній редакції ст. 227 КК йшлося про випуск на товарний ринок або іншу реалізацію споживачам недоброякісної або некомплектної продукції і товарів, якщо такі дії вчинялись у великих розмірах. З огляду на те, що якість – це об'єктивний та узагальнюючий показник науково-технічного, економічного і соціального розвитку, державне регулювання процесами, покликаними забезпечити якість товарів, робіт і послуг, є виправданим. Водночас норму КК у наведеній редакції були підстави охарактеризувати як законодавчий пережиток планової, соціалістичної системи господарювання. Спрямованість цієї кримінально-правової заборони, не враховуючи соціально-економічних перетворень, що відбулися в нашому суспільстві, фактично відбивала ті уявлення, які призвели до появи у кримінальному законодавстві ще Радянської України кінця 20-х років минулого століття норми про відповідальність за випуск недоброякісної або некомплектної продукції та за випуск продукції з порушенням обов'язкових стандартів (ст. 135-3 КК УСРР 1927 р.). При цьому ефективність норми про кримінальну відповідальність за реалізацію недоброякісної продукції як дієвого засобу боротьби з випуском такої продукції ставилась під сумнів ще у радянський період, оскільки кримінальний закон не був здатен якимось чином впливати на причини та умови виготовлення браку.

У тих випадках, коли реалізація споживачам та іншим особам недоброякісних товарів, робіт, послуг не пов'язана зі створенням загрози для життя і здоров'я людини чи фактичним заподіянням їм шкоди, застосування заходів кримінально-правової репресії, вочевидь, є недоцільним. Якщо право особи на безпеку товарів, робіт, послуг не порушується, варто обмежуватись реалізацією прав особи у разі придбання ним продукції неналежної якості, у т. ч. на відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товару (робіт, послуг). Щодо відносин між суб'єктами господарювання з приводу поставки недоброякісної продукції, то у цьому разі доречною є регламентована ГК і ЦК майнова відповідальність контрагента за неналежне виконання господарсько-правових і цивільно-правових зобов'язань.

З огляду на те, що законодавець явно завищив обсяг поведінки, що заслуговує на кримінально-правову оцінку, один із співавторів цієї статті свого часу пропонував викласти ст. 227 КК у новій редакції, пов'язавши кримінальну відповідальність за реалізацію недоброякісної продукції, товарів, робіт, послуг із порушенням встановлених вимог безпеки для життя і здоров'я споживачів. Зазначалось, що основний склад злочину з використанням формулювання «створення небезпеки для життя або здоров'я споживача» міг би бути по-

¹ Стаття написана в співавторстві з К.Б. Дудоровою та опублікована: Вісник Запорізького національного університету України: Юридичні науки. – 2012. – № 2 (ч. 1). – С. 216–223.

будований як делікт поставлення у небезпеку, а кваліфіковані види злочину залежно від тяжкості фактично заподіяної шкоди здоров'ю або життю людини (людей) дозволили б диференціювати кримінальну відповідальність за скоєне [1, с. 820].

Виходячи з необхідності переорієнтувати кримінальний закон на захист життя і здоров'я людини, О.М. Готін висунув загалом конструктивну пропозицію замінити статтю 227 КК статтею 327-1 під назвою «Виготовлення з метою збуту або збут товарів, надання послуг чи виконання робіт, які не відповідають встановленим вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людини», місце якій – у розділі XIII Особливої частини КК України (злочини проти здоров'я населення). Йшлося, зокрема, про те, щоб: 1) термін «недоброякісні товари» замінити вказівкою на товари, які не відповідають вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людей; 2) розширити сферу застосування аналізованої норми КК за рахунок охоплення її диспозицією злочинного надання послуг і виконання робіт; 3) не обмежувати коло потерпілих від розглядуваного злочину лише категорією споживачів [2, с. 9–10, 31, 57–62, 84–86, 103–104]. Вироблений кримінально-правовою доктриною підхід, хоч і частково, знайшов відображення в чинній редакції ст. 227 КК.

Традиційно передбачений цією статтею злочин у вітчизняній юридичній літературі відносився до злочинів проти прав і законних інтересів споживачів [1, с. 821–822]. Видається, однак, що з урахуванням викладення ст. 227 КК у новій редакції та положень регулятивного законодавства питання про видовий об'єкт розглядуваного злочину має вирішуватись інакше. Так, у законодавчому визначенні безпечної нехарчової продукції як антиподу небезпечної нехарчової продукції вказується на недопущення створення загрози суспільним інтересам; під останніми ж розуміються безпека життя і здоров'я людей, безпечні умови праці, захист прав споживачів і користувачів, а також довкілля (ст. 1 Закону України від 2 грудня 2010 р. «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Навіть у Законі України «Про захист прав споживачів» поняття безпеки продукції пов'язується із відсутністю будь-якого ризику не лише для життя, здоров'я і майна споживачів, а й для навколишнього природного середовища. Вже із сказаного випливає, що розглядати умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції як злочинне посягання лише на споживачів, вочевидь, неправильно.

Далі. Закон «Про загальну безпечність нехарчової продукції», покладаючи обов'язок вводити в обіг (постачати) лише безпечну продукцію (продукцію, що відповідає вимогам щодо забезпечення безпеки продукції) на виробників і розповсюджувачів, відносить виробників, їх уповноважених представників, імпортерів і розповсюджувачів продукції до суб'єктів господарювання. Закон «Про захист прав споживачів» визначає ключове з точки зору застосування ст. 227 КК поняття введення продукції в обіг як відповідні дії саме суб'єкта господарювання, а Закон «Про безпечність та якість харчових продуктів», дія якого не поширюється на харчові продукти, призначені для особистого споживання, тлумачить виробництво як господарську діяльність, пов'язану з виробленням певних об'єктів.

З урахуванням викладених законодавчих положень, основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 227 КК України, пропонуємо визнавати встановлений порядок здійснення господарської діяльності, покликаний унеможливити випуск на ринок України небезпечної продукції, а додатковими об'єктами – зокрема, право споживача на безпеку продукції, життя і здоров'я людини, довкілля, право власності.

Предметом злочину виступає небезпечна продукція, тобто продукція, що не відповідає вимогам щодо її безпечності, встановленим нормативно-правовими актами. Чинне законодавство містить кілька визначень поняття «продукція». За умов відсутності бажаної уніфікації відповідної термінології найбільш прийнятним для кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 227 КК, вважаємо визначення продукції, закріплене у Законі «Про захист прав споживачів», яке охоплює харчові і нехарчові товари, а також роботи і послуги.

Варто звернути увагу на те, що вказівки на послуги і роботи у попередній редакції ст. 227 КК не містилось, що було неправильним. Адже недоброякісне виконання робіт або надання послуг може бути не менш суспільно небезпечним, ніж реалізація недоброякісних товарів. Наприклад, траплялися випадки отруєння свинцем при вживанні харчових продуктів, що зберігалися в глиняному глазурованому посуді. Поширення дістали також отруєння цинком при зберіганні кислих харчових продуктів в оцинкованому посуді.

Треба, щоправда, зробити застереження: будучи певною діяльністю (або процесом), роботи і послуги як такі через відсутність матеріальності – однієї з фізичних ознак, притаманних предмету злочину, не можуть визнаватись предметом злочину, передбаченого ст. 227 КК. Якщо ж послуга або робота знаходить своє вираження як результат, що є предметом матеріального світу, цей матеріалізований результат може бути визнаний предметом злочину. Показовою в цьому плані позиція О.М. Готіна. Виходячи з того, що процес охоплюється об'єктивною стороною складу злочину, науковець запропонував визначити предмет злочину, передбаченого ст. 327-1 КК, – «замінника» ст. 227 КК, як товари, матеріалізовані результати послуг або робіт, що не відповідають встановленим вимогам щодо безпеки життя та здоров'я людини [2, с. 172].

Як слушно зазначає М.І. Хавронюк, немає потреби в тому, щоб в окремих статтях КК України передбачати відповідальність за випуск на товарний ринок таких предметів, як, наприклад, ліки, харчова продукція, вода,

електроприлади, вогне- чи вибухонебезпечна продукція, ветеринарні препарати, отрутохімікати (за прикладом кримінального законодавства Литви, Грузії, Естонії, Молдови, Норвегії, Данії, Італії, Сан-Маріно, Албанії, Іспанії, Польщі, Китаю, Аргентини). Справді, немає різниці, внаслідок споживання яких саме товарів (виробів) настала шкода особі: відповідальність за одне і те саме діяння з аналогічними наслідками та з однаковим психічним ставленням до вчиненого має бути однаковою [3, с. 142].

Ст. 5 Закону України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» передбачає, що у разі відсутності встановлених законодавством вимог щодо забезпечення безпечності продукції відповідна продукція вважається безпечною, якщо орган державного ринкового нагляду не доведе, що вона є небезпечною. Доказом безпечності нехарчової продукції є її відповідність національним стандартам, гармонізованим із відповідними європейськими стандартами. У разі відсутності встановлених законодавством вимог щодо забезпечення безпечності певної нехарчової продукції або за відсутності національних стандартів при доведенні того, що продукція є небезпечною, беруться до уваги: національні стандарти інших держав щодо забезпечення безпечності продукції, гармонізовані з відповідними європейськими та міжнародними стандартами; регіональні стандарти щодо забезпечення безпечності продукції, які відповідають міжнародним договорам України; стандарти України щодо забезпечення безпечності продукції, що не узгоджені з відповідними європейськими та міжнародними стандартами; кодекси усталеної практики із забезпечення безпечності продукції у відповідних галузях тощо.

Не враховуючи викладених вище положень щодо доведення небезпечності тієї чи іншої продукції, диспозиція ст. 227 КК пов'язує небезпечність продукції як предмета передбаченого нею злочину лише з вимогами, встановленими нормативно-правовими актами. Інакше кажучи, бланкетна вказівка на якісну характеристику предмета злочину в ст. 227 КК є невдалою, а тому потребує виключення з кримінального закону.

Небезпечну продукцію не слід ототожнювати з фальсифікованою продукцією. Під останньою розуміється продукція, виготовлена з порушенням технології або неправомірним використанням знака для товарів та послуг, чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само неправомірним відтворенням товару іншої особи (п. 27 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»). За своїми характеристиками фальсифікована продукція теоретично може бути і якісною, і безпечною.

Потерпілим від злочину, передбаченого ст. 227 КК, виступає як споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»), так і користувач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для потреб, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, або для забезпечення виконання обов'язків найманим працівником (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Водночас слід враховувати, що потерпілими від розглядуваного злочину можуть бути не лише споживачі та користувачі продукції.

Наприклад, під час пострілу з мисливської рушниці через те, що ствол рушниці було виготовлено з неякісного металу, відбувся його розрив. Шматками металу було заподіяно шкоду здоров'ю, але не тієї особи, яка здійснила постріл (споживача), а особи, яка знаходилася поруч. Визнання постраждалої особи споживачем мисливської рушниці не є обґрунтованим, оскільки не вона придбала рушницю для власних побутових потреб [2, с. 104]. З огляду на сказане, потребує уточнення визначення небезпечної продукції, яке М.І. Хавронюк пропонує закріпити у примітці ст. 270-3 КК «Випуск на товарний ринок небезпечної продукції»: «Під небезпечною продукцією у статті 270-3 цього Кодексу розуміється виріб (товар), робота чи послуга, якими створено ризик для життя, здоров'я, майна споживача і навколишнього природного середовища за звичайних умов використання, зберігання, транспортування, виготовлення і утилізації продукції...» [3, с. 172]. Тим більше, що вказану кримінально-правову заборону пропонується розмістити в розділі IX Особливої частини КК, присвяченому злочинам проти громадської безпеки, і сам дослідник слушно зазначає, що внаслідок використання небезпечної продукції шкода може бути завдана як споживачеві (додамо від себе – і відмінному від споживача користувачеві), так і третій особі. Як відповідний приклад наводиться ситуація з вибухом небезпечного феєрверка, внаслідок чого шкода заподіюється випадковому перехожому [3, с. 26].

Викликає заперечення і пропозиція замінити ст. 227 КК не однією, а двома нормами – ст. 270-2 і ст. 270-3 КК, які визнаватимуть злочинами, відповідно, випуск на товарний ринок завідомо фальсифікованої продукції, яка створює загрозу для життя чи здоров'я споживачів, і випуск на товарний ринок небезпечної продукції [3, с. 170–172]. Адже якщо фальсифікована продукція створює загрозу для життя чи здоров'я споживачів, то ця продукція за визначенням (у т. ч. сформульованим М.І. Хавронюком) визнається небезпечною. Як наслідок, матимемо навряд чи виправдану конкуренцію кримінально-правових норм, зайвість якої посилюється тим, що передбачені ними кваліфікуючі ознаки значною мірою збігаються.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 227 КК, полягає у введенні в обіг (випуску на ринок України) небезпечної продукції, вчиненому у великих розмірах. З'ясовуючи зміст звороту «введення в обіг», звернемось

до положень регулятивного законодавства, в якому, як і з питання розуміння поняття «продукція», спостерігається відсутність єдиного підходу. Закони України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції», «Про підтвердження відповідності», «Про захист прав споживачів», «Про загальну безпечність нехарчової продукції» і «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції» по-різному визначають поняття введення продукції в обіг.

З точки зору застосування аналізованої кримінально-правової заборони під введенням небезпечної продукції в обіг слід розуміти перше платне або безоплатне постачання цієї продукції для її розповсюдження або споживання на ринку України. Це може бути реалізація споживачу або користувачу небезпечної продукції, здійснювана виробником на підставі цивільно-правового договору (купівлі-продажу, міни, поставки, оренди тощо), передача такої продукції її виготовлювачем або імпортером розповсюдженню – юридичній або фізичній особі, яка пропонує продукцію на ринку України. Карана за ст. 227 КК передача товарів споживачам може здійснюватися і на безоплатній основі (спонсорство, меценатство тощо). Згода споживача, користувача або розповсюдженню отримати небезпечну продукцію на кваліфікацію за чинною редакцією ст. 227 КК не впливає.

Якщо під випуском на товарний ринок продукції *de lege ferenda* розуміти реалізацію продукції споживачам, а також її безоплатне надання у формі спонсорства, меценатства, для проби тощо [3, с. 171], то це, вочевидь, означатиме недоцільне звуження сфери застосування кримінального закону, позаяк під таке тлумачення випуску на товарний ринок не підпадатимуть, зокрема, випадки передачі небезпечної продукції її виготовлювачами або імпортерами розповсюдженню.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що під введенням продукції в обіг (випуском її на ринок) слід розуміти у т. ч. дії, внаслідок яких предмети злочину ввозяться в Україну з метою їх подальшої реалізації. У цьому випадку злочин пропонується визнавати закінченим з моменту, коли небезпечна продукція опинилась на території України, і в суб'єкта, який здійснив її ввезення, з'явилась можливість для її реалізації [4, с. 692]. Навряд чи таку поведінку можна розцінювати як закінчене введення небезпечної продукції в обіг. Виготовлення або ввезення в Україну небезпечної продукції, що не супроводжувалось її подальшою реалізацією споживачу або передачею розповсюдженню, навіть якщо така дія вчинялась з метою ввести небезпечну продукцію в обіг, з урахуванням законодавчого положення про декриміналізацію готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК) відповідальність за ст. 227 КК тягнути не повинне, однак може утворювати склад іншого злочину (передбаченого, наприклад, ч. 3 ст. 204 КК або ст. 367 КК). Удосконалена ст. 227 КК, на нашу думку, мала б передбачати відповідальність і за виробництво, ввезення в Україну, транспортування або зберігання з метою збуту небезпечної продукції.

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» виробник не несе відповідальності у вигляді штрафних санкцій, якщо доведе, зокрема, що: з урахуванням усіх обставин відповідна продукція після введення її в обіг стала небезпечною внаслідок дій або бездіяльності інших осіб чи обставин непереборної сили; відповідна продукція є небезпечною внаслідок додержання виробником вимог законодавства чи виконання обов'язкових для нього приписів органів державної влади; виробник є виробником комплектувального виробу чи складової частини продукції, а продукція є небезпечною внаслідок конструкції готової продукції, до якої входить цей виріб чи складова частина, або інструкцій, наданих такому виробнику виробником готової продукції.

Введення небезпечної продукції в обіг, здійснене виробником за наявності однієї з вказаних вище обставин, інкримінування ст. 227 КК виключає через відсутність злочинного діяння.

Згідно з приміткою до ст. 227 КК введення в обіг небезпечної продукції вважається вчиненням у великих розмірах, якщо загальна вартість такої продукції перевищує п'ятсот НМДГ. За попередньою редакцією ст. 227 КК великими вважались розміри, що перевищують триста НМДГ. Виходить, що виробники небезпечної продукції стали ще більш захищеними від дії кримінального закону.

З урахуванням формальної конструкції складу аналізованого злочину такий показник, як великі розміри характеризує не суспільно небезпечні наслідки, які винесені законодавцем за межі складу злочину, а діяння як ознаку об'єктивної сторони злочинного введення небезпечної продукції в обіг. Як слушно зазначає О.М. Готін, конструювання складу, передбаченого ст. 227 КК, як формального зумовлене: виконанням цією статтею загально-превентивної та спеціально-превентивної функцій; можливістю завдати суспільно небезпечним діянням шкоди життю і здоров'ю людини; труднощами конкретизації, виміру, обчислення і фіксації обсягу та характеру злочинного результату; складністю виокремлення причинного зв'язку між суспільно небезпечними діяннями та наслідками, що настали [2, с. 98].

Якщо взяти до уваги зміну описання предмета аналізованого злочину, збереження у ст. 227 КК великих розмірів як криміноутворюючої ознаки слід визнати невиправданим кроком законодавця. Називаючи чинну редакцію ст. 227 КК черговим проявом законодавчого лицемірства, М.І. Хавронюк щодо ознаки великих розмірів цілком справедливо зауважує: «... за задумом законодавця, діями однакового ступеню суспільної небезпечності стають випуск на ринок, наприклад, як однієї одиниці небезпечного автомобіля вартістю 236 000

грн., так і 236 дитячих іграшок вартістю 1000 грн. кожна або 236 000 небезпечних цукерок вартістю 1 гривня за штуку. Між тим, один автомобіль становить небезпеку для декількох, а 236 000 небезпечних цукерок – для 236 000 людей» [3, с. 124].

Вказівка на великі розміри була б доречною, якби суспільна небезпека розглядуваного злочину, як і раніше, визначалась б насамперед марнотратством матеріальних, трудових та інших ресурсів. Оскільки заподіяння шкоди здоров'ю людини суттєво не залежить від розмірів небезпечної продукції (на відміну від шкоди, яка заподіювалася господарським відносинам за часів радянської планової економіки), зазначена вказівка підлягає виключенню з ст. 227 КК. З огляду на сказане, складно погодитись з думкою Т.В. Одинцової обмежитись у цьому разі зменшенням нижньої межі великих розмірів як ознаки складу злочину, передбаченого ст. 227 КК, до двохсот НМДГ [5, с. 359].

Введення в обіг небезпечної продукції не у великих розмірах залежно від конкретних обставин може утворювати склад адміністративного проступку (ст. ст. 42-1, 42-2, 42-3 та інші норми КпАП). Так, ст. 167 КпАП передбачає відповідальність за введення в обіг (випуск на ринок України, в т. ч. з ремонту) продукції, яка не відповідає вимогам стандартів, сертифікатів відповідності, норм, правил і зразків, зокрема, щодо безпечності продукції.

Ознаки суб'єкта злочину в диспозиції ст. 227 КК не фіксуються і встановлюються шляхом тлумачення законодавства. Щодо попередньої редакції ст. 227 КК, то коло осіб, спроможних нести на її підставі відповідальність, визначалось у літературі таким чином: 1) працівники підприємств, на яких посадовими інструкціями, наказами чи розпорядженнями покладено обов'язок із контролю відповідності якості продукції вимогам, закріпленим у законодавстві; 2) службові особи підприємства, котрі очолюють структурні підрозділи, на які установчими документами юридичної особи покладено обов'язок контролювати якість продукції; 3) керівники підприємств – у випадку обмеженого штату працівників підприємства і відсутності окремої службової особи чи працівника, уповноваженого здійснювати контроль за якістю продукції [6, с. 318].

Наразі з положень законодавства (як кримінального, так і регулятивного) випливає, що кримінальну відповідальність за умисне введення в обіг небезпечної продукції передусім мають нести керівники юридичних осіб – суб'єктів господарювання, які є виготовлювачами, імпортерами або розповсюджувачами відповідної продукції, і ті працівники вказаних суб'єктів господарювання, на яких покладено службовий обов'язок здійснювати контроль за безпечністю продукції, що виготовляється, імпортується або розповсюджується. Наявність вказаного обов'язку встановлюється у кожному конкретному випадку із залученням посадових інструкцій, наказів, інших локальних документів, що визначають межі службової компетенції того чи іншого працівника. Інші працівники зазначених суб'єктів господарювання можуть притягуватись до кримінальної відповідальності як співучасники.

Суб'єктами аналізованого злочину мають визнаватись також фізичні особи (включаючи підприємців і тих, хто займається підприємницькою діяльністю без належної реєстрації), які є виготовлювачами, імпортерами або розповсюджувачами продукції, а так само керівники та інші відповідні працівники суб'єктів господарювання, які є уповноваженими представниками виготовлювачів продукції в Україні (якщо виготовлювачами продукції є нерезиденти України).

За ст. 227 КК за наявності підстав можуть нести відповідальність, зокрема, особи, які реалізують вироблені у кустарних умовах товари, а так само вирощену в особистому підсобному господарстві, на присадибній, дачній або садовій ділянці продукцію рослинництва і бджільництва, кролів, нутрій, птицю або продукти їх забою в сирому вигляді або у вигляді первинної обробки, а також особи, які, будучи працівниками сільсько-господарських підприємств і рибних господарств, реалізують одержану ними натурою продукцію власного виробництва зазначених підприємств і продукцію її переробки.

Попередня редакція ст. 227 КК не конкретизувала форму вини, звідки робився висновок про те, що суб'єктивна сторона передбаченого цією статтею злочину характеризувалась як умисною, так і необережною формою вини. Міркування про те, що за умов ринкової економіки кримінальну відповідальність має тягнути лише умисна реалізація недоброякісної продукції споживачам, могли бути сприйняті хіба що у контексті вдосконалення КК. У чинній редакції ст. 227 КК якраз чітко і вказується на те, що введення в обіг небезпечної продукції повинне вчинятись умисно.

У тому разі, коли використання або споживання небезпечної продукції потягло за собою заподіяння шкоди здоров'ю людини або настання її смерті, вказані суспільно небезпечні наслідки потребують окремої кримінально-правової оцінки за допомогою норм, які містяться в розділі II Особливої частини КК «Злочини проти життя та здоров'я людини». Наприклад, унаслідок вживання фальсифікованих продуктів харчування відбулося отруєння споживача або в результаті користування недоброякісним побутовим приладом сталося смертельне ураження електрострумом. Невизнання загибелі людей або інших тяжких наслідків кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 227 КК, справедливо визнається прогалиною, яка має бути усунена у законодавчому порядку [7, с. 75].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що, незважаючи на викладення в грудні 2010 р. ст. 227 КК України в новій редакції, потенціал реформування цієї кримінально-правової заборони не може вважатись вичерпаним. Зокрема, для того, щоб усунути неузгодженість між кримінальним і регулятивним законодавством у частині позначення предмета злочину, зі ст. 227 КК потрібно виключити слова «тобто такої продукції, що не відповідає вимогам щодо безпечності продукції, встановленим нормативно-правовими актами». Також зі ст. 227 КК мають бути виключені слова «якщо такі дії вчинені у великих розмірах», оскільки збереження цієї криміноутворюючої ознаки не враховує зміну пріоритетів кримінально-правової охорони, започатковану новою редакцією проаналізованої статті КК. Подальше вдосконалення норми про кримінальну відповідальність за умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції має здійснюватись з урахуванням вироблених доктриною підходів щодо позбавлення цього діяння статусу злочину у сфері господарської діяльності і запровадження шляхом конструювання кваліфікованих складів злочинів диференціації кримінальної відповідальності за вчинене залежно від тяжкості суспільно небезпечних наслідків.

1. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – 924 с.
2. Готін О.М. Кримінальна відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки (проблеми теорії та практики): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Луганськ, 2003. – 214 с.
3. Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення: монографія. – К.: Атіка, 2011. – 324 с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – 1322 с.
5. Одинцова Т.В. До питання про кримінальну відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісних продуктів харчування // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 356–360.
6. Цюра А. Проблеми встановлення суб'єкта злочину «випуск або реалізація недоброякісної продукції» // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XVII регіональної науково-практичної конференції. 3-4 лютого 2011 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. – С. 318–319.
7. Шепелева Н.В. До питання про диференціацію кримінальної відповідальності за виготовлення або реалізацію (збут) недоброякісної продукції // Проблеми запобігання службовим злочинам у сфері господарської діяльності: Матеріали наук.-практ. семінару. Харків, 9 листопада 2004 р. / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 73–76.

ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ ВІД ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ¹

Рациональне використання, охорона та відновлення природних ресурсів є одними з найбільш актуальних проблем сьогодення. Інтенсивний і постійно зростаючий антропогенний вплив на об'єкти довкілля та, як наслідок, забруднення навколишнього природного середовища призводить до швидкого виснаження природних ресурсів, зникнення цілих біологічних видів, врешті-решт, істотного погіршення умов життєдіяльності людини. У Кримінальному кодексі України (далі – КК) злочинні посягання на довкілля та його окремі елементи описані у статтях, зосереджених у розділі VIII Особливої частини «Злочини проти довкілля». Із прийняттям цих кримінально-правових норм у законі з'явилося чітке визначення кола злочинів проти довкілля, що відповідає потребі його охорони та дозволяє згрупувати ці норми у певну систему, сприяє забезпеченню єдності підходів до криміналізації та пеналізації посягань в екологічній сфері. Разом з тим чимало аспектів кримінально-правової характеристики злочинів проти довкілля продовжують належати до числа дискусійних при тому, що відповідна проблематика належить у науці до числа активно досліджуваних (праці П.С. Берзіна, С.Б. Гавриша, Т.В. Корнякової, В.К. Матвійчука, І.І. Митрофанова, В.О. Навроцького та ін.).

Сказане, зокрема, стосується, відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності. За умов, коли відбувається активне залучення природних ресурсів у цивільно-правовий обіг (наприклад, ліси в Україні можуть перебувати у комунальній або приватній власності, а тварини – бути особливим об'єктом цивільних прав, на яких поширюється правовий режим речі), традиційного критерію «уречевленої праці людини» може бути недостатньо для здійснення вказаного відмежування. Це актуалізує висвітлення і розв'язання позначеної проблеми на підставі аналізу і систематизації підходів, сформульованих у вітчизняній юридичній літературі.

Отже, пануючою на сьогодні залишається теорія праці, згідно з якою предметом злочинів проти власності може бути лише річ, яка за допомогою вкладеної в неї людської праці вилучена з природного стану. Чітко формулює цю наукову позицію Н.О. Антонюк: «Для предмета складів злочинів проти довкілля характерним є те, що він зберігає екологічні зв'язки з біосферою, не втілює в собі конкретно-визначену працю (не є товаром). У майно, яке виступає предметом складів злочинів проти власності, вкрито конкретно визначену людську працю, яка вилучає його з природного середовища» [1, с. 119].

М.І. Панов та П.В. Олійник також розглядають предмет злочину як найбільш значущу ознаку при здійсненні відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля. При цьому домінуючим підходом дослідники визнають концепцію трудового внеску людини у створення певних предметів у процесі виробництва матеріальних благ. Водночас наголошується на безпідставності ототожнення відносин власності як економічної категорії, що опосередковується юридичним терміном «право власності», і відносин у сфері довкілля, для яких характерним є використання близького за назвою терміну «право власності на природні ресурси» [2, с. 163–168; 3, с. 88–93].

З огляду на викладене, предметом таких злочинів проти власності, як викрадення, вимагання, привласнення, розтрата, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, не можуть виступати природні багатства в їх природному стані – блага, які, хоч і мають об'єктивну цінність, проте не створені повністю або частково працею людини. Незаконне заволодіння такими благами кваліфікується за наявності підстав як відповідний злочин проти довкілля (зокрема, за статтями 246, 248, 249 КК). Натомість до майна, що утворює предмет злочинів проти власності, можна віднести, наприклад, звірів, які розводяться у звірогосподарствах, декоративні дерева і чагарники, які вирощуються для наступного продажу, виловлену і поміщену в сітку рибу. Вважається, що названі та подібні до них предмети посягань, хоч і мають природне походження, не перебувають в єдиному екологічному ланцюжку природи, а отже, не впливають на стан навколишнього природного середовища та його охорону. Інакше кажучи, потрібно враховувати не лише наявність або відсутність залучення людської праці, а і спрямованість останньої. Природний ресурс, до якого людська праця, хоч і застосовується, проте вона не спрямована на вилучення його з природного середовища (позбавлення природного стану), не слід розглядати як предмет злочинів проти власності. При встановленні предмета злочину проти довкілля необхідно розрізняти незмінні біологічні властивості цього предмета та його правову характеристику, яка може змінюватись (наприклад, виловлена риба стає чужим майном).

Проілюструємо сказане на прикладі конкретних злочинів проти довкілля.

Так, для кваліфікації діяння за ст. 246 КК «Незаконна порубка лісу» важливо, щоб дерева і чагарники як різновиди флори не набули товарно-грошової форми, тобто статусу майна. Тому протиправне заволодіння заготовленим чи складованим лісом, незаконна порубка з корисливою метою дерев і чагарників у розсадниках, ботанічних і зоологічних садах, квітникарських господарствах, а також інша незаконна порубка поза

¹ Стаття написана в співавторстві з М.В. Комарницьким та опублікована: Вісник Національної академії прокуратури. – 2014. – № 3. – С. 61–70.

межами лісового фонду України (на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках тощо) утворюють склад відповідного злочину проти власності або самоправства. З цього приводу в літературі слушно зазначається: «Тут мовиться не про ліс як об'єкт природи, а про товарну продукцію – деревину, вилучену з довкілля шляхом докладання праці. Причому особа усвідомлює, що такі предмети вже «вибули» з довкілля за допомогою докладання до них праці, а також мають певну вартість і є майном» [4, с. 170].

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України була визнана правильною кваліфікація за ст. 197 КК діянь лісника одного з лісгосподарських господарств Закарпатської області. Тячівським районним судом цей лісник був визнаний винним у неналежному виконанні своїх обов'язків з охорони лісу від незаконної порубки та інших правопорушень, унаслідок чого у закріпленому за ним обході не встановлені слідством особи самовільно зрубали дерева, завдавши державі збитків на суму 2495 грн.[5].

Не погоджуючись із кваліфікацією діяння, вчиненого лісником, за ст. 197 КК, М.І. Панов і П.В. Олійник зазначають, що об'єктом злочину, передбаченого цією статтею КК, є відносини власності, а предметом – чуже майно. У розглядуваному ж випадку ліс, у тому числі дерева на корені, які було доручено охороняти ліснику, є природними об'єктами в їх природному стані; відповідно, вони не входять до складу відносин власності, охоронюваних за допомогою ст. 197 КК. З метою усунення з'ясованої прогалини у кримінально-правовій охороні об'єктів довкілля науковці висловлюються за доповнення розділу VIII Особливої частини КК нормою, яка б передбачала відповідальність за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків особами, яким доручена охорона природних об'єктів – лісів, тваринного світу тощо [3, с. 91–92].

Ми не вбачаємо тут прогалини (принаймні в частині охорони лісів), адже в літературі [6, с. 256–265] доведено, що і лісника, і лісничого за ознакою здійснення ними функцій представника влади слід визнавати службовими особами. Відповідно, у подібних ситуаціях підлягають застосуванню кримінально-правові норми про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, включаючи службову недбалість. Разом з тим розуміло, що відсутність однакового підходу з питання про визнання лісника службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття, яка спостерігається у судовій практиці навіть на рівні рішень Верховного Суду України, є небажаною.

Предметом незаконного полювання як злочину проти довкілля (ст. 248 КК) не визнаються свійські тварини (вони належать до товарно-матеріальних цінностей і, відповідно, до предметів злочинів проти власності), а також мисливські тварини у неволі – тварини, які утримуються у відповідних спорудах, де вони не мають можливості жити природними кормами і самостійно виходити за межі таких споруд (розплідники, вольєри, ферми, зоопарки тощо). У цьому разі дії особи, яка незаконно заволодіває дикими тваринами чи птахами, можуть бути кваліфіковані як відповідний злочин проти власності. Вказана кримінально-правова оцінка стосується і мисливських тварин, які вилучені з природного середовища, розведені у неволі, напіввільних умовах або набуті іншим законним способом, і перебувають у приватній чи комунальній власності юридичних та фізичних осіб. Вважається, що такі тварини вийшли з системи природних зв'язків, втратили природний стан свободи і стали майном.

Ст. 2 Конвенції про біологічне різноманіття 1992 р., ратифікованої Україною у листопаді 1994 р., під одомашненими (свійськими) видами тварин розуміє види, на еволюцію яких впливає людина. Таким чином, всіх інших тварин слід вважати дикими. Постає питання: коли тварину слід визнавати домашньою (свійською), а коли – дикою? Визначальним тут є момент вступу тварини у стан природної волі і вибуття з нього. Вступ у стан природної волі відбувається при вибутті тварини зі сфери власності (наприклад, випускання для розмноження) або при народженні тварини, однак за умов природної волі [7, с. 15]. Вибулою зі стану природної волі слід визнавати тварину, на добування якої витрачена праця людини, унаслідок чого така тварина стає відокремленим від природного середовища матеріальним об'єктом. У зв'язку з цим не можна, наприклад, вважати дикою тварину, яка потрапила в сітку чи капкан. З іншого боку, штучно вирощені або розведені людиною і випущені на волю тварини вилучаються із сфери майнових відносин, починають виконувати природну функцію, у зв'язку з чим набувають якості предмета злочину проти довкілля, передбаченого ст. 248 КК.

Предметом злочину проти довкілля, караного за ст. 249 КК «Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом», не визнаються риби та інші водні живі організми, які завдяки вкладеній праці людини вже не виступають як природні багатства в їх природному стані, а включені у виробничо-трудова процес і стають унаслідок цього товаром. Як вже зазначалось, як злочин не проти власності, а проти довкілля має розцінюватись заволодіння рибою чи іншими водними живими ресурсами, які знаходяться в сітках чи інших подібних знаряддях лову або раніше були виловлені іншою особою. Дії осіб, винних у незаконному вилові риби, добуванні водних тварин, які вирощуються підприємствами, організаціями або громадянами у спеціально влаштованих чи пристосованих водоймах, або заволодіння рибою, водними тваринами, відловленими цими організаціями (особами), також підлягають кваліфікації як злочин проти власності.

Тут доречно додати, що чинному законодавству відоме поняття рибництва (аквакультури). Це – сільськогосподарська діяльність із штучного розведення, утримання та вирощування об'єктів аквакультури у

повністю або частково контрольованих умовах для одержання сільськогосподарської продукції (продукції аквакультури) та її реалізації, виробництва кормів, відтворення біоресурсів, ведення селекційно-племінної роботи, інтродукції, переселення, акліматизації та реакліматизації гідробіонтів, поповнення запасів водних біоресурсів, збереження їх біорізноманіття, а також надання рекреаційних послуг (ст. 1 Закону України від 18 вересня 2012 р. «Про аквакультуру»).

Отже, слід з'ясувати, в яких водоймах виловлено рибу або інших водних тварин, чи охоплювалась умислом винного належність водойми, і залежно від цього кваліфікувати його дії. Щодо риби та інших водних тварин, які знаходяться у спеціально облаштованих або пристосованих водоймах, а так само звірів, які розводяться у звірогосподарствах, варто додати, що ці об'єкти тваринного світу знаходяться у стані, наближеному до природного. Однак останній створюється і підтримується завдяки людським зусиллям, які засвідчують включення названих об'єктів у виробничо-трудова процес і набуття ними якості товарної продукції – предмета злочинів проти власності.

Відмежовуючи злочини проти довкілля від злочинів проти власності, слід брати до уваги і ту обставину, що вкладення людської праці в об'єкти природи не завжди відокремлює ці об'єкти з їх природного стану, перетворює їх у майно. Так, не повинні визнаватись майном як предметом злочинів проти власності штучні лісосмуги, цінні породи риби, мальки якої була спочатку вирощена на рибозаводах, а потім відпущена у відкриті водойми, дикі звірі, які підкормлюються людиною у холодну пору року тощо. Названі природні об'єкти є предметами саме злочинів проти довкілля, оскільки метою подібної діяльності людини є відновлення і підтримання сприятливого для людини екологічного середовища, а не введення цих об'єктів у товарний обіг.

Невипадково в літературі ставиться питання про кваліфікацію як злочину проти довкілля випадків добування водних біологічних ресурсів, які вирощені та (або) знаходяться у штучно створеному (пристосованому) середовищі та які призначені для поповнення природних ресурсів, поліпшення екологічної обстановки або проведення екологічних наукових досліджень. Йдеться, таким чином, про з'ясування мети знаходження об'єктів тваринного світу у напіввільних умовах і вплив цієї обставини на кваліфікацію вчиненого. Зокрема, якщо метою знаходження відповідних об'єктів у вказаних умовах є господарське (товарне) вирощування, скоєне пропонується розцінювати як розкрадання, а якщо метою є відновлення природних ресурсів – як екологічний злочин [8, с. 149; 9, с. 24–25]. Попри перспективність викладеного підходу, цілком очевидно, що його реалізація на практиці серйозно ускладнить кваліфікацію злочинних посягань на об'єкти тваринного світу, у зв'язку з чим це питання потребує подальшого вивчення.

У будь-якому разі, з огляду на викладене вище, неточним слід визнати висловлювання А.М. Шульги про те, що предмети злочинів проти довкілля «не створені працею людини...» [10, с. 26]. Натомість має рацію В.О. Навроцький, який природні об'єкти як предмет злочинів проти довкілля поділяє на ті, що мають натуральне походження, і ті, що створені чи змінені людиною, наголошуючи на тому, що і перші, і другі зберігають зв'язки з іншими об'єктами природи та усією біосферою [11, с. 13]. Також заслуговує на підтримку висловлена у літературі думка про віднесення до предметів злочинів проти довкілля (залежно від особливостей їх соціальної ознаки) двох груп природних ресурсів: 1) тих, до яких взагалі не залучена людська праця; 2) тих, що акумулюють у собі певну кількість праці попередніх і сучасних поколінь людей, але залишаються у природному середовищі або внесені до нього для виконання своїх біологічних та інших природних функцій [12, с. 95].

Одним із предметів порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК) є корисні копалини в їх природному стані. Обернення на свою користь або користь інших осіб природних ресурсів, вилучених із надр завдяки вкладеній праці людини, потрібно розглядати як злочин не проти довкілля, а проти власності. В історичному аспекті тут доречно нагадати, що постанова Ради Міністрів СРСР від 10 березня 1975 р. «Про затвердження Типового статуту артілі старателів» зобов'язувала всіх громадян, включаючи старателів, здавати державі видобуте або знайдене ними золото. Оскільки сировина, що містила золото, з моменту її вилучення з надр визнавалась державною власністю, привласнення цієї сировини членами артілей старателів кваліфікувалось не за ст. 167 КК РРФСР (у цій нормі йшлося про порушення правил розробки надр і здавання державі золота), а як розкрадання державного майна [13, с. 32–34].

Соціальна ознака корисних копалин як предмета злочину, передбаченого ст. 240 КК, означає, що «корисні копалини не відділені від природного середовища (не добуті) з використанням конкретно визначеної праці, не є майном» [11, с. 49]. На наш погляд, цю думку варто розвинути. Погоджуємось з О.І. Бойцовим, який зазначає, що самовільне видобування дорогоцінних металів і каміння не є розкраданням через відсутність його предмета. Разом з тим дорогоцінні метали і каміння, що знаходяться у межах відокремленої території гірничого підприємства або розроблюваного родовища (шахти, розрізу) – це вже не природне багатство, а продукт незавершеного циклу виробництва, безпосередньо включений у технологічний і трудовий процес видобування. Тому заволодіння вказаними предметами за таких обставин цілком може кваліфікуватись як розкрадання чужого майна [14, с. 147]. Про те, що корисні копалини визнаються предметом розкрадання, якщо вони знаходяться (відокремлені) у промисловій зоні гірничого підприємства, пишуть і інші автори [15,

с. 17; 16, с. 95]. Вважається, що, хоч у цьому разі природні багатства перебувають у непорушному природному стані, не вилучені з довкілля, у них вкладено людську працю і матеріальні ресурси, у зв'язку з чим ці корисні копалини вилучені із безпосереднього зв'язку з довкіллям, включені у виробничий процес та, як наслідок, перетворюються у предмет злочинів проти власності.

Таким чином, для того, щоб природний ресурс міг бути визнаний майном (а отже, предметом злочинів проти власності), він повинен, по-перше, містити у собі певну кількість конкретної суспільно необхідної праці людини, і, по-друге, бути вилученим або іншим чином відокремленим від навколишнього природного середовища. Потрібно з'ясувати, чи перебував той або інший об'єкт посягання в системі екологічних зв'язків з оточуючим його природним середовищем, і залежно від цього кваліфікувати вчинене посягання на такий об'єкт.

Разом з тим останнім часом в юридичній літературі набуває розповсюдження думка про, так би мовити, моральну застарілість наведеного традиційного підходу (він визнається наслідком соціалістичного світогляду). Зазначається, що незаконні діяння стосовно природних об'єктів, які не лише фізично вилучені з природного стану завдяки вкладеній праці людини, а і відокремлені від природного середовища юридично (наприклад, земельну ділянку або ділянку лісу передано у приватну власність, визначено перелік об'єктів природи, дозволених до видобування), включені у цивільно-правовий (господарський) обіг і в такий спосіб набули якості майна (товару з міноюю вартістю), слід розцінювати як злочини проти власності. Стверджується, наприклад, що у випадку, коли родовище корисних копалин придбане певною особою, відповідні корисні копалини є для інших осіб не стільки природними ресурсами, скільки чужою власністю, навіть якщо власник родовища ними не користується [15, с. 15–17; 17, с. 15–16; 18, с. 42–45; 19, с. 116–117]. Відповідно, такий склад злочину, як незаконне (самовільне) видобування корисних копалин пропонується розмістити у главі про злочини проти власності, а не у главі про екологічні злочини, виходячи з того, що незаконне (самовільне) видобування корисних копалин в основному завдає шкоду власнику надр – державі [8, с. 17; 16, с. 75].

У межах викладеного підходу є зрозумілими, хоч і неприйнятними пропозиції на кшталт визнавати ліс майном і доповнити ст. 185 КК окремою частиною (ч. 6) такого змісту: «Крадіжка чужих лісів шляхом незаконної порубки, знищення чи пошкодження лісової рослинності у лісах будь-якої категорії захищеності, вчинена повторно або систематично, або що завдала значної шкоди власнику лісу...» [20, с. 186]. Наведена пропозиція спонукає висловити і деякі інші міркування. Постає, зокрема, питання, яким чином можна викрасти «ліс». Навіть за умови сприйняття подібної норми законодавцем предметом передбаченого нею злочину мають визнаватися дерева і чагарники, як це встановлено в ст. 246 КК, а не ліс. Не зовсім зрозуміло і те, як нова заборона (ч. 6 ст. 185 КК) буде співвідноситись з уже існуючими кримінально-правовими заборонами (зокрема, присвяченою незаконній порубці лісу як злочину проти довкілля), доля яких автором розглядуваної пропозиції чомусь не визначається. За таких обставин реалізація розглядуваної пропозиції призведе до виникнення нікому непотрібної колізії кримінально-правових норм. Ідея включення в ст. 185 КК України нової норми про крадіжку чужих лісів явно не узгоджується з іншою тезою автора цієї ідеї – про те, що «суспільна небезпечність незаконної порубки лісу полягає насамперед у тому, що шкода завдається природному середовищу, рослинному світу в цілому і насамперед – одному із його головних компонентів – лісу» [20, с. 163].

Справді, на сьогодні в світовому масштабі на перше місце виходить проблема охорони лісів у зв'язку з тим, що дерева і чагарники поглинають вуглекислоту, натомість виділяючи необхідний для життєдіяльності людини кисень. Ліси – важливий компонент біологічного різноманіття України. Незаконні порубки дерев і чагарників спричиняють ерозію ґрунтів, виснаження рік, негативні зміни клімату, загибель диких тварин і птахів тощо. І при цьому, на наше переконання, на кримінально-правову оцінку вчиненої незаконної порубки дерев і чагарників як екологічного злочину не повинне впливати знаходження того чи іншого лісу у власності певної особи. На відміну від положень попереднього КК України, який визнавав ліс не лише природним ресурсом, а і майном (статті 89 та 90 КК України 1960 р.), чинний КК усуває таку суперечність і характеризує ліс передусім як різновид природних ресурсів.

Л.М. Демидова висловлює думку про те, що природні ресурси можуть виступати предметами злочинів як проти довкілля, так і проти власності залежно від їх: 1) введення в цивільно-правовий або (та) економічний обіг без виокремлення від екосистеми (наприклад, земельна ділянка чи ліс передається у власність фізичної особи, але ця земля чи ліс залишаються складниками екосистеми); 2) належності до екосистеми без введення в обіг [21, с. 270].

Як бачимо, науковець визнає ту очевидну обставину, що навіть за умови введення природних ресурсів у цивільно-правовий обіг останні продовжують залишатись складовою навколишнього природного середовища (екосистеми). І саме цим, на наш погляд, головним чином має визначатись спрямованість злочинних посягань на природні ресурси і, відповідно, їх кримінально-правова оцінка. Точка зору, згідно з якою у випадку заволодіння належними до екосистеми природними ресурсами, які водночас перебувають у цивільно-правовому обігу, вчинене має кваліфікуватись за сукупністю злочинів – і як злочин проти довкілля, і як злочин проти власності [21, с. 564], заплуває розмежування вказаних злочинів, не узгоджується із змістом

об'єктивних ознак злочинів проти довкілля, означає штучне створення множинності злочинів там, де вона насправді відсутня, а тому є неприйнятною.

Таким чином, пануючий наразі підхід із питання про відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності, від якого (підходу) немає підстав відмовлятися, зводиться до того, що неправомірне заволодіння природними ресурсами завдає передусім (поряд із майновою шкодою) шкоду екологічній рівновазі (екологічній безпеці тощо), оскільки об'єкти, що знаходяться у природному стані, на відміну від іншого майна, наділені властивістю загальної значущості. Головна роль у регулюванні суспільних відносин у сфері обороту природних об'єктів належить не цивільному, а екологічному та земельному праву. Включення об'єктів навколишнього природного середовища у число предметів злочинів проти власності здатне перевернути справжній характер суспільної небезпеки екологічних злочинів, приховати об'єкт, який є основним, спрямувати правозастосовну практику хибним шляхом при оцінці суспільної небезпеки діяння, адже екологічна цінність того чи іншого об'єкта не завжди корелює з його матеріальною цінністю [22, с. 153–154].

Проведене дозволяє зробити узагальнюючий висновок про те, що відмежування кримінально караних посягань на власність від злочинів проти довкілля має ґрунтуватися на аналізі предмета злочину як складової об'єкта останнього. Ізольований аналіз предмета не дозволяє з'ясувати ті відносини, яким заподіяно шкоду, та, як наслідок, породжує помилки у кваліфікації. Родовим об'єктом злочинів проти довкілля варто визнавати такий стан навколишнього природного середовища та його окремих компонентів, за якого відсутня небезпека для життя і здоров'я людей, забезпечуються охорона, раціональне використання і відтворення природних ресурсів, дотримується належний екологічний стан біосфери. Предметом зазначених злочинів вважаються компоненти довкілля, не відокремлені людською працею від природних умов, або такі, що акумулюють у собі певну кількість вкладеної праці попередніх і сучасних поколінь людей, однак залишаються в природному середовищі або поміщені в нього для виконання своїх біологічних та інших функцій.

1. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посіб. / Н.О. Антонюк. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
2. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: моногр. / П.В. Олійник. – Х.: Право, 2011. – 208 с.
3. Панов М., Олійник П. Співні питання відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля / М. Панов, П. Олійник // Юридична Україна. – 2013. – № 2. – С. 88–93.
4. Сворцова О.В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / О. В. Сворцова. – Сімферополь, 2007. – 218 с.
5. Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 8. – С. 19–20.
6. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: моногр. / Р.Л. Максимович. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.
7. Морозов В.И. Уголовная ответственность за незаконную добычу водных животных и незаконную охоту (по материалам Урал. региона) / В.И. Морозов, В.Г. Пушкарев. – Тюмень: ТЮИ, 2005 – 79 с.
8. Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ: моногр. / Н.А. Лопашенко. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 352 с.
9. Браташова Н.И. Уголовно-правовые и криминологические аспекты борьбы с преступлениями в сфере охраны животного мира: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Н.И. Браташова. – Саратов, 2011. – 29 с.
10. Шульга А.М. Злочини проти довкілля. Питання кваліфікації: наук.-практич. вид. / А.М. Шульга. – Х.: Ніка-Нова, 2012. – 192 с.
11. Навроцький В. Злочини проти природи. Лекції / В.О. Навроцький. – Львів: юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка, 1997. – 56 с.
12. Жевлаков Э.Н. Экологические преступления и экологическая преступность / Э.Н. Жевлаков. – М.: Белые альвы, 1996. – 96 с.
13. Применение законодательства при рассмотрении уголовных дел о хищении и незаконной добыче золота (Обзор судебной практики) // Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1981. – № 2. – С. 32–34.
14. Бойцов А.И. Преступления против собственности / А.И. Бойцов. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 775 с.

15. Клепицкий И.А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 11–19.
16. Энциклопедия уголовного права. Т. 18. Преступления против собственности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – 1018 с.
17. Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления / П.С. Матышевский – К.: Юринком, 1996. – 240 с.
18. Иногамова-Хегай Л. Критерии разграничения преступлений против собственности и экологических преступлений / Л. Иногамова-Хегай, Е. Герасимова // Уголовное право. – 2006. – № 5. – С. 42–45.
19. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение / М.А. Кауфман. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 344 с.
20. Сасов О.В. Кримінально-правова охорона лісу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Сасов Олександр Володимирович. – К., 2002. – 210 с.
21. Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика: монограф. / Л.М. Демидова. – Х.: Право, 2013. – 752 с.
22. Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / М.В. Фролов. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ПОЛЮВАННЯ¹

У преамбулі Закону України від 13 грудня 2001 р. «Про тваринний світ» підкреслюється, що тваринний світ є одним з основних компонентів навколишнього природного середовища, національним багатством України, джерелом духовного та естетичного збагачення і виховання людей, об'єктом наукових досліджень, а також важливою базою для одержання промислової і лікарської сировини, харчових продуктів, інших матеріальних цінностей. Незважаючи на створення у нашій державі широких можливостей для законного полювання, сьогодні ми, на жаль, вимушені констатувати, що варварське знищення мисливських птахів і звірів, перетворення окремих видів незаконного полювання на різновиди злочинного промислу, а також низка супутніх факторів призвели до різкого зменшення популяцій окремих видів тваринного світу, а у деяких випадках поставили їх під загрозу повного знищення. Не дивлячись на досить ретельну нормативну врегульованість питань, пов'язаних із правовим режимом мисливських звірів і птахів, чимало українських громадян відмовляються дотримуватись умов правомірного полювання – моменту виникнення права на полювання, місць, строків, обстановки, способів, засобів, знарядь, видів, лімітів полювання тощо. Зазначене повною мірою стосується і кримінально караних порушень правил полювання. За інформацією ЗМІ, щороку браконьєри в Україні вбивають понад 400 тис. мисливських тварин.

Зайняття мисливством із порушенням встановлених правил, тобто браконьєрство, на практиці нерідко носить явно винищувальний характер, завдає тваринному світу істотної шкоди, швидкими темпами погіршує його стан. Очевидною є безпосередня спрямованість цього екологічного посягання на біотичні компоненти «першої природи», під якою фахівці розуміють звичайні природні умови життєдіяльності людини. Водночас посягання на біологічне різноманіття, слушно доповнює А.А. Гарєєв, загрожує порушити біологічну рівновагу в більш великих масштабах, а тому суспільна небезпека таких злочинів не зводиться виключно до підрахунку шкоди, заподіяної охоронюваному законом біологічному виду чи популяції [1, с. 117].

Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне полювання ставали предметом досліджень багатьох науковців, серед яких – С.Б. Гавриш, С.А. Голуб, О.Л. Дубовик, Е.М. Жевлаков, В.К. Матвійчук, І.І. Митрофанов, Н.О. Лопашенко, Ю.І. Ляпунов, П.Ф. Повеліцина, В.Г. Пушкар'єв. Однак, не дивлячись на посилену увагу науковців до обраної проблематики, чимало питань кримінально-правової характеристики незаконного полювання залишаються дискусійними як у доктрині, так і у правозастосовній діяльності. Метою пропонованої статті є аналіз спірних питань кримінальної відповідальності за незаконне полювання як злочин проти довкілля, у тому числі розкриття вихідного в цьому разі поняття «незаконне полювання» та його основних форм, а також дослідження особливостей впливу положень екологічного законодавства на кваліфікацію браконьєрства за ст. 248 КК України.

Передусім звертає на себе увагу чітко виражений бланкетний характер диспозиції аналізованої кримінально-правової заборони. Він покладає на правозастосовувача обов'язок ознайомитись з численними нормами регулятивного (екологічного) законодавства, зокрема, законів України – від 22 лютого 2000 р. «Про мисливське господарство та полювання», від 13 грудня 2001 р. «Про тваринний світ», від 7 лютого 2002 р. «Про Червону книгу України».

Фауністичне законодавство (ст. 3 Закону «Про тваринний світ») до об'єктів тваринного світу відносить не лише тварин. При цьому предметом незаконного полювання визнаються дикі звірі, птахи, інші тварини, які охороняються законом і перебувають у стані природної волі або утримуються в напіввільних умовах у межах мисливських угідь. Це також ті тварини, які вирощені або розведені людиною в умовах неволі, а згодом випущені в природне середовище проживання: вони починають виконувати природну функцію, у зв'язку з чим набувають якості предмета злочину проти довкілля, передбаченого ст. 248 КК.

І.В. Самощенко конкретизує, що предметом цього злочину визнаються дикі тварини та птахи, які належать до так званого мисливського фонду, під яким слід розуміти перелік видів дичини, на яку можна полювати за умови дотримання всіх правил полювання [2, с. 282]. Хотіли б уточнити, що незаконне полювання може вчинятись поза межами мисливських угідь і не лише щодо тих тварин, які належать до числа мисливських.

На підставі системного аналізу положень екологічного законодавства В.О. Навроцький наділяє об'єкти тваринного світу як предмет незаконного полювання такими ознаками: 1) біологічною – вони відносяться до птахів та звірів; 2) ареалом поширення – такі птахи і звірі відносяться до тих, основні процеси життєдіяльності яких знаходяться на суші або на поверхні води; 3) соціальною – птахи і звірі відносяться до так званих диких і перебувають в стані природної свободи; 4) юридичною – птахи і звірі відносяться до видів, полювання на яких регламентоване або заборонене повністю [3, с. 33–34]. Запропонована В.О. Навроцьким характеристика

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 2. – С. 84–97.

не лише конкретизує зміст предмета кримінально караного полювання, а і допомагає відмежувати його від предметів суміжних злочинів, передбачених, зокрема, ст. 185 і ст. 249 КК.

До мисливських звірів належать, наприклад, хохулі, кролі дикі, зайці-біляки, зайці-русаки, білки, бобри, нутрії, ондатри, лисиці, вовки, олені, кабани, лані, козулі, муфлони, а до мисливських птахів – гагари, лебеді, гуси, качки, голуби, кулики, перепели, фазани.

Не є предметом незаконного полювання: 1) трупи диких тварин, які загинули внаслідок дії природних або антропогенних чинників, частини цих трупів, яйця птахів, продукти життєдіяльності диких тварин; 2) риби, водні безхребетні тварини, морські ссавці; 3) шкідливі звірі і птахи, які не охороняються законом, хоч їх відстріл і відлов повинен відбуватись у встановленому порядку (ст. 33 Закону «Про мисливське господарство та полювання» і наказ Держкомлісгоспу «Про заходи щодо відстрілу і відлову хижих та шкідливих тварин» від 16 грудня 1997 р. № 121; 4) свійські тварини (вони належать до товарно-матеріальних цінностей і є предметом злочинів проти власності); 5) мисливські тварини у неволі, тобто тварини, які утримуються у відповідних спорудах (розплідники, вольєри, ферми, зоопарки тощо), де вони не мають можливості жити природними кормами і самостійно виходити за межі таких споруд.

В останньому випадку дії особи, яка незаконно заволодіває дикими тваринами чи птахами, можуть бути кваліфіковані як відповідний злочин проти власності. Це стосується і мисливських тварин, які вилучені з природного середовища, розведені у неволі, напіввільних умовах або набуті іншим законним способом, і перебувають у приватній чи комунальній власності юридичних та фізичних осіб. Наприклад, добутий під час полювання звір (птах), який потім утримується на фермі заради хутра, в неволі (зоопарку) – заради культурних чи наукових потреб, у разі наступного заволодіння ним визнаватиметься предметом крадіжки [4, с. 108]. Такий висновок логічно випливає зі ст. 1 Закону «Про мисливське господарство та полювання», де вказується, що утримання мисливських тварин у неволі – це їх утримання у відповідних спорудах, де вони не мають можливості жити природними кормами та самостійно виходити за межі таких споруд. Протиправний відстріл (відлов) птахів чи звірів, які знаходяться у вольєрі, на звіро- чи птахофермі, у зоопарку тощо, за наявності підстав може кваліфікуватись і як хуліганство (ст. 296 КК).

Дії особи, яка випадково знайшла в мисливських угіддях поранену або зловлену іншим дику тварину (наприклад, остання потрапила в сітку чи капкан) та, заподіявши їй смерть, заволоділа нею, мають розцінюватись не як незаконне полювання, а як відповідний злочин проти власності. Адже така тварина, вибувши зі стану природної волі, внаслідок витрачання на її добування праці людини стає відокремленим від природного середовища матеріальним об'єктом (майном).

З об'єктивної сторони незаконне полювання виражається у трьох формах: 1) порушення правил полювання, якщо воно заподіяло істотну шкоду; 2) незаконне полювання в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду; 3) полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України.

Так, вироком Вишньовського районного суду Чернівецької області Ю. було засуджено за ч. 1 ст. 248 КК за незаконне полювання на звіря, занесеного до Червоної книги України. Суд встановив, що Ю., перебуваючи у вечірній час на території лісництва, порушив правила полювання шляхом відстрілу одного зубра – звіря, що занесений до Червоної книги України та полювання на якого заборонено. Унаслідок цих злочинних дій мисливському господарству було заподіяно матеріальну шкоду на суму 12 тис. 500 грн. [5].

Під полюванням необхідно розуміти дії людини, спрямовані на вистежування, переслідування з метою добування і саме добування (відстріл, відлов) тварин, що перебувають у стані природної волі або утримуються у напіввільних умовах. Відповідно, за ст. 248 КК можуть кваліфікуватись дії не лише тих осіб, чиї постріли поцілили в тварин, або тих, хто встановлював капкани, сітки, пастки, отруйні або одурманюючі приманки тощо, а й тих осіб, які брали участь в незаконному полюванні, здійснюючи вистежування та (чи) переслідування звірів, птахів або інших тварин.

Полюванням з погляду кваліфікації за ст. 248 КК слід також визнавати перебування осіб: а) у межах мисливських угідь, у тому числі на польових і лісових дорогах (крім доріг загального користування), з будь-якою стрілецькою зброєю або з капканами та іншими знаряддями добування звірів і птахів, або з собаками мисливських порід чи ловчими звірами і птахами, або з продукцією полювання (крім випадків регулювання чисельності диких тварин, польових випробувань і змагань мисливських собак не нижче обласного рівня); б) на дорогах загального користування з продукцією полювання або з будь-якою зібраною розчохленою стрілецькою зброєю. Про спрямованість умислу на добування звірів і птахів у цих ситуаціях можуть свідчити екіпування мисливця, наявні в нього боєприпаси, пристосування для перенесення або розчленування дичини тощо.

На думку Е.М. Жевлакова, така поведінка, не будучи полюванням, не утворює склад закінченого злочину, а може розцінюватись хіба що як готування до незаконного полювання [6, с. 15–16]. З урахуванням того, що згідно зі ст. 12 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» вказані дії прирівнюються до

полювання, згадана позиція навряд чи може бути сприйнята. Оскільки розглядуване питання вирішено в законодавчому порядку, недоречно називати аналогією закону положення про визнання закінченим полюванням самого факту знаходження особи в мисливських угіддях або на відповідних дорогах з певними предметами, знаряддями чи засобами.

Разом з тим вадою ст. 12 Закону «Про мисливське господарство та полювання» є відсутність в ній згадування про території та об'єкти ПЗФ (вони не є ні мисливськими угіддями, ні дорогами загального користування). До того ж особа може перебувати на території мисливського угіддя або на дорозі загального користування із стрілецькою зброєю не з метою добування мисливських тварин, а, наприклад, для того, щоб перевірити технічний стан своєї зброї або потренуватись влучно стріляти. У подібних ситуаціях інкримінування ст. 248 КК має виключатись. *De lege ferenda* альтернативна вказівка на дії, що прирівнюються до полювання, якщо вони здійснюються з порушенням встановлених правил полювання, має бути включена до ч. 1 ст. 248 КК.

За результатами опрацювання матеріалів судової практики, В.К. Матвійчук і С.А. Голуб додають до переліку різновидів дій, що утворюють полювання, також пошук з метою добування звірів і птахів, які знаходяться в стані природної волі, або в напіввільних умовах. Такий пошук, на думку науковців, є відмінною від переслідування мисливських тварин формою полювання. Автори також розрізняють два основні способи полювання залежно від їх цілеспрямованості – з метою добування та з метою вилову звірів і птахів [4, с. 119]. Узагалі ж ситуація з кримінально-правовою оцінкою дій, які полягають у недозволеному відлові диких звірів, птахів або інших тварин з метою їхнього подальшого утримання в неволі (наприклад, у зоопарках), позбавлена однозначності.

З одного боку, Закон України «Про тваринний світ» (статті 20–24, 28, 31) розрізняє такі види спеціального використання дикої фауни, як: 1) мисливство, різновидом (способом) якого є полювання (останнє не передбачає збереження життя тварин, які добуваються); 2) вилучення об'єктів тваринного світу в наукових, культурно-освітніх, виховних та естетичних цілях із природного середовища, а також добування диких тварин з метою їх утримання і розведення у напіввільних умовах чи в неволі. З такої різниці і бланкетного характеру диспозиції ч. 1 ст. 248 КК випливає висновок про безпідставність кваліфікації аналізованих дій за ст. 248 КК (за наявності підстав вони можуть утворювати склад самоправства (ст. 356 КК)). З іншого боку, не дивлячись на те, що Закон України «Про мисливське господарство та полювання» не відносить зазначені дії до незаконного полювання, вони порушують встановлений порядок охорони, раціонального використання і відтворення тваринного світу суходолу як одного з компонентів навколишнього природного середовища, а отже, повинні кваліфікуватись за ст. 248 КК. На користь такого варіанту кваліфікації вказує і те, що поняття незаконного полювання як злочину є ширшим за поняття полювання як різновиду (способу) мисливства. До речі, п. 30 Положення про мисливське господарство та порядок здійснення полювання, затвердженого постановою КМУ від 20 липня 1996 р. № 780 (цей нормативний акт втратив чинність у зв'язку з введенням в дію Закону України «Про мисливське господарство та полювання»), серед видів незаконного полювання називав і відловлення та утримання в неволі диких звірів і птахів без спеціального дозволу (крім випадків рятування тварин, які зазнають лиха).

Переконані в тому, що положення регулятивного (фауністичного) законодавства і ст. 248 КК, яка визначає незаконне полювання як склад злочину проти довкілля, потребують узгодження у позначеній частині.

Під полюванням С.А. Голуб розуміє вид спеціального користування тваринним світом, який характеризується пошуком, вистежуванням з метою добування, лову, розселення, використання в зоопарках, а також переслідуванням і самим добуванням диких звірів і птахів, які знаходяться у стані природної волі, або утримуються в напіввільних умовах, особою, що має право на полювання [7, с. 8]. Наведене визначення розкриває особливий режим контрольованого користування предметами тваринного світу, однак видається дещо алогічним: виходить, що відповідні дії за відсутності належним чином закріпленого права полюванням визнаватись не можуть. Такий підхід суперечить назві і, головне, змісту диспозиції ст. 248 КК «Незаконне полювання», що орієнтують на дві можливі форми цієї діяльності – законне і незаконне полювання.

В.Г. Пушкарьов обґрунтовує доцільність законодавчого визнання незаконного полювання і у випадку злочинної бездіяльності (наприклад, при незнятті капканів після закінчення строку відповідного договору). Такий підхід, на думку дослідника, дозволить криміналізувати низку діянь, що, реально заподіюючи величезну шкоду фауні, на сьогодні залишаються без належної юридичної оцінки [8, с. 5–7]. Пропозиція видається цікавою і водночас такою, що потребує подальшого вивчення з метою уникнення помилок у практиці застосування норми КК, присвяченої незаконному полюванню. До того ж чинне законодавство забороняє застосовувати при полюванні капкани.

На думку В.К. Матвійчука, ст. 248 КК України повинна мати назву «Незаконне полювання на диких звірів і птахів», а частина 1 цієї статті має передбачати відповідальність також за незаконну торгівлю видами дикої фауни, які знаходяться під загрозою зникнення, знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, і середовища їх існування, вилучення яєць із середовища диких тварин, продаж тварин, їх зберігання і транспортування з метою продажу [9, с. 310].

Пропоноване розширення сфери застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, вочевидь, на часі, воно кореспондує із приписами кримінальних законів деяких зарубіжних країн, наприклад, США. Разом з тим слід зауважити, що знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, охоплюється такою передбаченою чинною редакцією ст. 248 КК формою об'єктивної сторони, як полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України. Крім цього, продаж, зберігання і транспортування диких тварин, як, до речі, і вилучення яєць, явно виходять за межі поняття полювання, що у випадку сприйняття законодавцем пропозиції В.К. Матвійчука вимагатиме уточнення назви ст. 248 КК, яка має узгоджуватись зі змістом диспозиції цієї кримінально-правової норми. Як відомо, назва (заголовок) нормативно-правового акту, виконуючи інформативну функцію, дає нам (повинна давати) уявлення про зміст цього акту.

Принагідно зауважимо, що змістовно близьким і водночас більш широким порівняно з незаконним полюванням є поняття «браконьєрство» (від фр. *brasconnage*). Це – недозволене добування об'єктів тваринного світу, незаконне полювання на рідкісні види тварин, полювання поза сезоном, полювання чи рибальство у недозволених місцях під час нересту та зимувального періоду або незаконна порубка лісу та збирання рослин. Таким чином, браконьєрство фактично охоплює ознаки складів злочинів, передбачених ст.ст. 246, 248, 249 КК України. Хоча поняття браконьєрства є не стільки кримінально-правовим, скільки кримінологічним [10], воно нерідко використовується в практичній діяльності для позначення явно незаконних способів добування різноманітних живих ресурсів. Основною метою здійснення браконьєрства є одержання прибутків від продажу тварин, риб (їхніх органів, м'яса, шерсті, ікри тощо) або деревини.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 248 КК України, слід підкреслити, що полювання визнається кримінально караним за умови його незаконності. Порушення правил полювання означає, що цей вид використання тваринного світу здійснюється, зокрема, без належного дозволу, у заборонений час, у недозволених місцях (у тому числі на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду), забороненими знаряддями або способами, стосовно тих видів тварин, які занесені до Червоної книги України. Закон України «Про мисливське господарство та полювання» оперує терміном «незаконне полювання», який і використаний у назві ст. 248 КК. За таких обставин дещо дивним є той факт, що одна з форм об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого цією статтею КК, позначена за допомогою іншого звороту – «порушення правил полювання», зміст якого не розкритий у регулятивному законодавстві, а тому потребує тлумачення.

Ст. 248 КК, серед іншого, визнає злочином полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України. З одного боку, спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України з метою отримання прибутку заборонено; з іншого, таке використання дозволяється здійснювати у виняткових випадках у наукових і селекційних цілях за спеціальним дозволом (ст. 19 Закону «Про червону книгу», Положення про Національну комісію з питань Червоної книги України, затверджене постановою КМУ від 8 вересня 2004 р. № 1176). Виходить, що добування тварин, занесених до Червоної книги України, може бути і правомірною поведінкою. У зв'язку з цим ч. 1 ст. 248 КК, яка полювання на зазначених тварин завжди визнає незаконним полюванням – злочином, потребує уточнення. При цьому слід брати до уваги, що селекційній відстріл диких тварин, занесених до Червоної книги України (наприклад, зубра), може бути замаскованою формою браконьєрства, і це не повинно виключати інкримінування ст. 248 КК.

Полювання без належного дозволу відбувається в тому разі, якщо воно здійснюється самовільно, без належного документа, виданого уповноваженим органом. Документами на право полювання є: посвідчення мисливця; щорічна картка обліку добутої дичини і порушень правил полювання з позначкою про сплату державного мита; дозвіл на добування мисливських тварин (ліцензія, відстрільна картка, дозвіл на селекційний, діагностичний та науковий відстріл тощо); відповідний дозвіл на право користування вогнепальною мисливською зброєю у разі її використання; паспорт на собак мисливських порід, інших ловчих звірів і птахів у разі їх використання під час полювання. Зазначені документи мисливець зобов'язаний мати під час здійснення полювання, транспортування або перенесення продукції полювання і пред'являти їх на вимогу осіб, уповноважених здійснювати контроль у галузі мисливського господарства та полювання (ст. 23 Закону України «Про тваринний світ»).

Так, вироком Володимирецького районного суду Рівненської області Ф. був засуджений за ч. 1 ст. 248 КК. Перебуваючи в угіддях Сопачівського лісництва державного підприємства «Володимирецьке лісове господарство», Ф. у порушення ст. 20 Закону «Про мисливське господарство та полювання» полював без належного на те дозволу. Під час незаконного полювання Ф. добув шляхом відстрілу з гладкоствольної мисливської рушниці самця лося, заподіявши істотну шкоду вказаному державному підприємству [11].

За відстрільною картою здійснюється полювання на пернату дичину, кроля дикого, зайця-русака, єнотовидного собаку, вовка, лисицю, шакала, куницю кам'яну, норку американську, тхора лісового. Ліцензія є юридичною підставою здійснення полювання на кабана, лань, оленів європейського та плямистого, козулю, лося, муфлону, білку, бабака, бобра, борсука, ондатру, куницю лісову. Добування вовка лисиці, єнотовидного

собаки та шакала дозволяється здійснювати також за наявності у мисливця ліцензії або відстрільної картки на добування інших мисливських тварин.

Вироком Зачепилівського районного суду Харківської області А. було засуджено за ч. 1 ст. 248 КК. Суд встановив, що А., діючи умисно, у порушення правил полювання, не маючи відповідної ліцензії на добування мисливських тварин, у заборонені для полювання на дикого кабана строки і в забороненому місці, з використанням власної двоствольної мисливської рушниці здійснив шляхом відстрілу незаконне полювання на дикого кабана. Унаслідок цього навколишньому природному середовищу було заподіяно істотну шкоду, оскільки вищевказана особина диких тварин є невід'ємною його частиною, а враховуючи загальну кількість кабанів в районі та їх екологічну цінність, знищення хоча б однієї особини кабана суттєво впливає на подальший їх розвиток у вказаній місцевості та на підтримання екологічного балансу природного середовища [12].

Незаконність полювання вбачається і в тому разі, коли воно відбувається з відступом від умов, зазначених у дозвільних документах, наприклад, добування тварин, які не зазначені у ліцензії або понад встановлену у дозволах норму, або в угіддях, не зазначених у дозволі, а також тоді, коли дозвільний документ отримано особою, яка здійснює полювання, незаконно.

З'ясовуючи зміст диспозиції досліджуваної кримінально-правової заборони, треба брати до уваги і положення, закріплені в ст. 20 Закону України від 21 лютого 2006 р. «Про захист тварин від жорстокого поводження». Згідно з цією нормою при полюванні на мисливських тварин забороняється застосовувати: технічні засоби, які не передбачають їх швидку смерть і не викликають страждань; транспортні та інші технічні засоби і обладнання, отрути, вибухові речовини, застосування яких призводить до масової загибелі тварин. Забороняються також полювання, вилов та інші форми добування мисливських тварин: які мають дитинчат, не здатних до самостійного існування; у період розмноження, виховання потомства, а у випадку з мігруючими видами – під час їх повернення до місць розмноження; вагітних самок; дитинчат, не здатних до самостійного існування; при переправі наземних тварин через водоймища тощо. За наявності підстав незаконне полювання, поєднане з жорстоким поводженням із твариною, має кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених ст. 248 і ст. 299 КК.

Полювання в заборонений час означає, що воно здійснюється тоді, коли займатись полюванням на тварин заборонено: а) взагалі (наприклад, у темний період доби або на тварин, які зазнають лиха – переправляються водою або на кризі, рятується від пожежі, повені); б) у строки, протягом яких забороняється полювати на певних видів диких звірів і птахів. Так, у місцях зимівлі диких гусей на Азово-Чорноморському узбережжі полювання на них дозволяється тільки на суходільних ділянках і внутрішніх водних об'єктах із засідки у світлу частину доби.

Полюванням у недозволених місцях визнається полювання на таких територіях, де воно взагалі заборонено, або де для цього потрібен спеціальний дозвіл (за його відсутності). Полювання забороняється, зокрема: на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду (за загальним правилом); на відтворювальних ділянках (крім відстрілу, відлову хижих і шкідливих тварин); у межах населених пунктів, за винятком випадків, передбачених рішеннями обласних рад; на відстані ближче ніж 200 м від будівель населеного пункту та окремо розташованих будівель, де можливе перебування людей.

В.А. Клименко слушно звертає увагу на те, що за ст. 161 КК 1960 р. полювання у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду у всіх випадках вважалось злочином. Ст. 248 чинного КК добування тварин у зазначених місцях визнає злочином, якщо воно вчиняється незаконно. Це пояснюється тим, що навіть у заповідниках полювання може бути законним [13, с. 367]. Наприклад, згідно зі ст. 32 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» на територіях та об'єктах ПЗФ дозволяється проводити селекційний і діагностичний відстріли мисливських тварин.

Забороненими слід визнавати ті знаряддя, засоби і способи, якими полювати взагалі не дозволяється або які заборонено використовувати для відстрілу чи відлову певних об'єктів тваринного світу. До таких знарядь і способів слід відносити, зокрема: використання клеїв, петель, гачків, самострілів, ловчих ям, отруйних та анестезуючих принад, живих сліпих чи знівечених тварин як принад, заливання нір звірів, використання звуковідтворювальних приладів та пристроїв, приладів нічного бачення, дзеркал та інших пристроїв, що осліплюють тварин, полювання з дерев і мисливських вишок (без дозволу користувача мисливських угідь).

Наприклад, на пернату дичину забороняється полювати з нарізною вогнепальною зброєю або з використанням набоїв, споряджених кулями і шротом діаметром більше 5 мм, а на парнокопитних тварин – з використанням малокаліберної гвинтівки під патрон кільцевого запалювання або набоїв, споряджених круглими кулями, картечню чи шротом (ст. 20 Закону України «Про мисливське господарство та полювання»). Оскільки на хутряних звірів, а також на оленя європейського та плямистого, козулю, лань дозволяється лише індивідуальне полювання, здійснення щодо вказаних тварин колективного чи облавного полювання має розцінюватись як полювання забороненим способом.

Зазначені вище дії кваліфікуються за ч. 1 ст. 248 КК, якщо вчинене не розцінюється як незаконне полювання, вчинене способом масового знищення звірів, птахів чи інших видів тваринного світу (кваліфікований вид злочину).

А.О. Дежурний до різновидів забороненого полювання відносить також використання загальнонебезпечних способів – умисні підпали лісових масивів, очерету з метою вигону тварин із лісу, а також застосування таких знарядь і способів, які можуть призвести до заподіяння шкоди життю і здоров'ю людей [14, с. 86]. В останньому випадку дії винного за наявності підстав слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 248 і нормою КК про відповідний злочин проти життя чи здоров'я особи.

Необхідно також зазначити, що використання в процесі кримінально караного полювання незаконно придбаної або виготовленої зброї потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 248 і ст. 263 КК. Так, вироком Славутинського міського суду Київської області М. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 248 і ч. 1 ст. 263 КК. Суд встановив, що М., проживаючи на території зони відчуження Чорнобильської АЕС, незаконно придбав і зберігав вдома гвинтівку системи «Мосина», що є вогнепальною зброєю, придатною для стрільби. Пізніше, незаконно перебуваючи у зоні відчуження Чорнобильської АЕС, з метою незаконного полювання для забезпечення себе їжею, М. прийшов до полігону захоронення твердих побутових відходів, де у порушення ст. 12 Закону «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», п. 2 ст. 14 і п.3 ст. 20 Закону «Про мисливське господарство та полювання», не маючи відповідних документів на право полювання, у забороненому місці, з використанням зазначеної гвинтівки добув дику поросю [15].

Порушення встановлених правил поведінки з мисливською вогнепальною зброєю на полюванні також має визнаватись порушенням правил полювання.

Порушення правил полювання є закінченим з моменту заподіяння істотної шкоди і, відповідно, утворює матеріальний склад злочину. Завдяки включенню до ст. 248 КК примітки, поняття істотної шкоди частково втратило свій оціночний характер і стало формально-визначеним (істотною вважається шкода, яка у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян). При цьому відповідь на питання про те, чи є шкода (у частині, відмінній від матеріальних збитків) істотною, залежить не лише від вартості (грошової оцінки), а й від кількості та екологічної цінності здобутих або знищених звірів і птахів (зокрема, їх розповсюдженості, значущості для мисливського господарства). Наприклад, істотною шкодою потрібно визнавати знищення хоча б одного лося, зубра, ведмеда, підриг популяції тварин, знищення того чи іншого виду тварин у певній місцевості, знищення місць компактного проживання та розмноження звірів і птахів, відстріл невеликих звірів і птахів, але у кількості, яка в декілька разів перевищує величину, зазначену у дозвільному документі, знищення тварин, відтворення яких з урахуванням особливостей або чисельності того чи іншого виду пов'язане зі значними труднощами. Подібні орієнтири щодо встановлення істотної шкоди як криміноутворюючої ознаки незаконного полювання наводяться в п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля».

Отже, для визнання кримінально караного порушення правил полювання закінченим злочином необхідно встановлювати наявність реальної шкоди. Е.М. Жевлаков вважає, що якщо особа, здійснюючи незаконне полювання, не досягла бажаного результату через причини, що не залежали від її волі, вчинене утворює замах на незаконне полювання за ознакою істотності шкоди [6, с. 19]. На наш погляд, вирішуючи це питання кваліфікації, слід виходити з положення про неможливість існування стадії замаху в тому разі, якщо законодавець пов'язує кримінальну відповідальність із настанням певних суспільно небезпечних наслідків, вказаних у диспозиції норми Особливої частини КК, яких у конкретній ситуації фактично не спричинено (наприклад, ч. 4 ст. 152 КК – зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки; ч. 4 ст. 187 КК – розбій, поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень).

Умисне порушення правил полювання, яке не заподіяло істотної шкоди, не здійснюється у межах територій та об'єктів ПЗФ і не означає полювання на ті види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, тягне за собою адміністративну відповідальність (ст. 85 КУпАП).

Незаконне полювання у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або полювання на об'єкти тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, є злочином із формальним складом і вважається закінченим з моменту початку полювання незалежно від того, чи були фактично здобуті відповідні мисливські тварини.

Свої особливості мають і кваліфікуючі ознаки аналізованого злочину, перераховані у ч. 2 ст. 248 КК. Зокрема, вчинення незаконного полювання службовою особою з використанням службового становища вбачається у тому разі, коли застосовується службовий автотранспорт, незаконним способом здобувається дозвіл на добування мисливських тварин, дається вказівка керівнику мисливського господарства приховати факт браконьєрства тощо. У такому випадку дії службової особи додаткової кваліфікації за ст. 364 (ст. 364-1) КК не

потребують. Формулювання цієї кваліфікуючої ознаки потребує уточнення. Адже наразі законодавцем використовуються подібні, проте відмінні конструкції – «зловживання службовим становищем» і «зловживання повноваженнями»: перша позначає протиправні діяння «публічних» службових осіб, поняття яких закріплено в примітці ст. 364 КК, а інша – діяння, зокрема, службових осіб юридичних осіб приватного права.

На думку В.К. Матвійчука, вчинення незаконного полювання службовою особою з використанням свого службового становища треба інкримінувати у випадку вчинення дій службових осіб органів виконавчої влади у сфері мисливського господарства та полювання, у галузі охорони навколишнього природного середовища, користувачів мисливських угідь, а також дій службових осіб правоохоронних органів, законодавчої влади, які використали для вчинення злочину своє службове становище. Водночас науковець критикує позицію, згідно з якою незаконне полювання, вчинене, наприклад, суддею, треба кваліфікувати за ознакою полювання «службовою особою». Такий підхід, стверджує В.К. Матвійчук, суперечить положенням ст. 364 КК, адже в цьому випадку суддя може виступати як приватна особа [16, с. 206–207]. Цілком очевидно, що першопричиною подібних дискусій є суперечливе тлумачення в юридичній літературі поняття «використання службового становища».

Іллінецький районний суд Вінницької області кваліфікував дії Н., р. та З. за ч. 2 ст. 248 КК. Суд встановив, що ці особи вчинили за попередньою змовою між собою незаконне полювання на території мисливських угідь Державного підприємства «Дашівське дослідне лісомисливське господарство». У порушення правил полювання, а саме без належного дозволу, у заборонений час, забороненим способом, із використанням автомобіля ВА3-2121 вони вистежили козулю, яку Н. відстрелив із мисливської рушниці «ІЖ-58» [17].

Способами масового знищення звірів, птахів чи інших видів тваринного світу визнаються такі прийоми полювання, які мають загальнонебезпечний або винищувальний характер та здатні викликати загибель великої кількості представників дикої фауни: використання автоматичної зброї, газу, вибухових або отруйних речовин, електричного обладнання, випалювання рослинності тощо. Спосіб масового знищення об'єктів тваринного світу як кваліфікуюча ознака незаконного полювання одночасно вказує і на суспільно небезпечні наслідки у вигляді масової загибелі тварин. Під останніми в юридичній літературі пропонується розуміти випадки, коли унаслідок полювання повністю чи майже повністю знищуються окремі види диких звірів чи птахів на території мисливського угіддя чи його певної частини [16, с. 180].

Полювання з використанням транспортних засобів означає, що транспортний засіб (автомобіль, трактор, мотоцикл, літак, вертоліт, моторний катер тощо) застосовується безпосередньо для вистежування, переслідування і добування звірів і птахів (наприклад, підсвічування мішеней фарами автомобіля). Якщо ж транспортні засоби використовувались лише для вивезення браконьєрів на місце полювання чи перевезення незаконного здобутого, то така кваліфікуюча ознака відсутня. Дискусуючи з цього приводу з О.Л. Дубовик, Е.М. Жевлаков слушно зауважує, що використанням транспортного засобу при незаконному полюванні не можна вважати його використання для доставки до місця полювання капканів та іншого спорядження [6, с. 17].

Під засобами вчинення злочину у кримінальному праві розуміються предмети матеріального світу, які застосовуються при вчиненні злочину для його полегшення чи прискорення, а під знаряддями – предмети, які безпосередньо використовуються для виконання об'єктивної сторони злочину, зокрема, для заподіяння суспільно небезпечних наслідків. Одні і ті самі предмети залежно від характеру їх використання при вчиненні суспільно небезпечних діянь можуть визнаватись або знаряддями, або засобами вчинення злочину. Ознайомлення з матеріалами судової практики, а також існуючими у літературі позиціями дозволяє стверджувати, що транспортні засоби можуть використовуватись і як засіб (наприклад, використання автомобіля виключно для переслідування звіря з метою його наступного вбивства за допомогою рушниці), і як знаряддя вчинення злочину (наприклад, у разі умисного наїзду транспортом на тварину). Водночас на практиці переважна більшість випадків стосуються саме використання транспортного засобу як засобу вчинення злочину [4, с. 174–177].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки. По-перше, в теорії кримінального права дискусійним залишається питання про зміст об'єктивної сторони незаконного полювання. Авторські підходи до визначення кола протиправних дій, що охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 248 КК України, досить істотно відрізняються. При цьому рухатись у напрямі розширення сфери дії розглядуваної кримінально-правової заборони варто обережно, оскільки недостатньо виважені зміни можуть призвести до появи небажаної казуїстики або суперечливого тлумачення, що врешті-решт негативно позначиться на правозастосовній діяльності. По-друге, ситуація з визначенням меж злочинної поведінки, що утворює незаконне полювання, ускладнюється через те, що регулятивне законодавство, яке регламентує порядок здійснення полювання і до якого відсилає диспозиція ст. 248 КК, постійно зазнає змін. Останні здатні впливати на зміст ознак складу відповідного злочину і, врешті-решт, набувають кримінально-правового характеру.

Перспективним вважаємо проведення порівняльно-правових досліджень, адже сучасні тенденції глобалізації та правової гармонізації підказують, що національне законодавство взагалі і кримінальне зокрема повинні розвиватись не ізольовано, а в режимі обережного зближення з відповідними нормами міжнародного права, а також із кримінально-правовими приписами зарубіжних країн. У контексті протидії незаконному полюванню

така стратегія відповідатиме і міжнародно-правовим зобов'язанням України, яка ще у 1999 р. приєдналась до Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення, – міжнародного документа, покликаного охороняти близько 5 тис. видів тварин і 28 тис. видів рослин.

1. Гареев А.А. Экологические преступления: уголовно-правовое противодействие: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2006. – 155 с.
2. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – 608 с.
3. Навроцький В.О. Злочини проти природи. Лекції для студентів юридичного факультету. – Львів: юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка, 1997. – 56 с.
4. Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: монографія. – К.: КНТ, 2006. – 304 с.
5. Архів Вижницького районного суду Чернівецької області. Справа № 1-140 за 2010 р.
6. Жевлаков Э. Квалификация незаконной охоты // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 14–19.
7. Голуб С.А. Кримінальна відповідальність за незаконне полювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2005. – 14 с.
8. Пушкарёв В.Г. Уголовная ответственность за незаконную добычу водных животных и незаконную охоту: по материалам Уральского федерального округа: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Тюмень, 2004. – 247 с.
9. Матвійчук В.К. Законодавство про злочини проти довкілля потребує вдосконалення // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 307–311.
10. Турлова Ю.А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2011. – 18 с.
12. Архів Володимирецького районного суду Рівненської області. Справа № 1-174 за 2007 р.
13. Архів Зачепилівського районного суду Харківської області. Справа № 1-33 за 2010 р.
14. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко, М.І. Мельник та ін.; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – 744 с.
15. Дежурный А.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика браконьерства (по материалам Дальневосточного региона): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Хабаровск, 2004. – 150 с.
16. Архів Славутицького міського суду Київської області. Справа № 1-60 за 2007р.
17. Матвійчук В.К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища: монографія. – К.: Національна академія управління, 2011. – 368 с.
18. Архів Іллінецького районного суду Вінницької області. Справа № 1-228 за 2009 р.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ, ПРИСВЯЧЕНОЇ НЕЗАКОННІЙ ПОРУБЦІ ЛІСУ¹

Як важливий компонент біологічного різноманіття України ліс є типом природних комплексів, в якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище (ст. 1 Лісового кодексу України, далі – ЛК). Крім надзвичайно важливого значення лісу як природного ресурсу та його використання для задоволення потреб людини в деревині та іншій лісовій продукції, цей об'єкт природи має не меншу цінність через вплив на клімат, атмосферу, виконання ґрунтозахисних, водоохоронних та інших корисних функцій, а також через свою роль в оздоровленні, відпочинку, забезпеченні культурних та естетичних потреб суспільства. На сучасному етапі розвитку суспільних відносин в Україні ліси виконують не лише економічні, а й екологічні функції. Незважаючи на важливість еколого-економічного значення лісів, продовжується їх надмірна експлуатація, споживацьке використання, зокрема, в господарських інтересах і, як наслідок, нехтування вимог лісового законодавства та винищення лісових ресурсів [1, с. 1].

Знищення лісів шляхом незаконних порубок, порушення правил протипожежної безпеки та інтенсивне споживання лісів і лісової продукції, що перевищує відтворювальний потенціал природи, заподіює серйозну шкоду лісовому господарству держави, тягне втрату цінних порід дерев, загибель диких тварин і птахів, сприяє утворенню парникового ефекту, збільшенню вологості ґрунтів та утворенню боліт і поряд із цим опустелюванню територій тощо. Так, вирубка лісів у Карпатах призвела до того, що Карпатські гори облісili і не в змозі стримувати весняне танення снігу і стікання води під час сильних дощів. Як наслідок, потоки води набирають потужності, руйнуючи все на своєму шляху – живу і неживу природу, споруди водо-, електро-, газо-, нафтопостачання, лінії зв'язку, сільськогосподарські угіддя, затоплюють цілі населені пункти регіон [2, с. 30].

У Концепції реформування та розвитку лісового господарства, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 18 квітня 2006 р. № 208-р, констатується, що ліси по території України розташовані дуже нерівномірно і сконцентровані переважно на Поліссі та в Карпатах. Лісистість у різних природних зонах також має значні відмінності і не досягає оптимального рівня, за якого ліси найкраще впливають на клімат, ґрунти, водні ресурси, протидіють ерозійним процесам. Однією з основних причин існування проблем у лісовому господарстві названо значний обсяг незаконних рубок.

Кримінально-правова заборона, присвячена незаконній порубці лісу, є усталеною (з часу ухвалення в 2001 р. чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) диспозиція ст. 246 не зазнала жодних змін) і працюючою. Причому з усіх норм, передбачених розділом VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля», досліджувана стаття поряд зі ст. 240 КК «Порушення правил охорони або використання надр» і ст. 249 КК «Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом» входить у число «лідерів» за частотою застосування [3, с. 136, 139]. Водночас аналіз матеріалів судової практики демонструє наявність низки проблемних питань, звернення до яких зумовлено необхідністю забезпечення безпомилкової кримінально-правової оцінки незаконної порубки лісу, що, своєю чергою, наводить на думку про доцільність внесення відповідних змін до КК.

Вчиненню зазначеного злочину проти довкілля сприяють масове безробіття на тлі низького життєвого рівня громадян, недостатній розвиток правомірних способів задоволення потреб населення в деревині, нерегульований ринок деревини і виробів з неї, доступність і неналежна охорона лісових ресурсів, слабкий вплив на злочинну діяльність з боку уповноважених державних органів, неефективність законодавства, що регламентує кримінальну та адміністративну відповідальність за незаконну порубку лісу, тощо. Велику кількість незаконних порубок лісу спричиняє високий попит на незаконно заготовлену деревину, зростання цін на неї і висока вартість деревини в сусідніх з Україною державах [2, с. 26; 4, с. 154, 157–158]. Тому триваюча наразі в суспільстві дискусія щодо скасування мораторію на експорт лісоматеріалів у необробленому стані безпосередньо стосується висвітлюваної проблематики (щоправда, не її кримінально-правової складової).

Підвищену суспільну небезпеку становлять випадки, коли незаконні порубки здійснюються постійними бригадами (а фактично нелегальними фірмами) з високим рівнем організації праці, використанням спеціальної техніки, призначеної для заготівлі і вивезення значних обсягів деревини, за наявності сталого ринку збуту незаконно видобутої деревини та одержання від цього надприбутків. Такі діяння, здійснювані систематично та поєднані з незаконним збутом лісопродукції, фактично спрямовані на знищення лісових масивів та їх ділянок [5, с. 51–57].

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 6. – С. 178–190.

На сьогодні актуальність розглядуваної проблематики посилюється у зв'язку поширенням діяльності «чорних лісорубів» і необхідністю здійснення адекватного правового реагування на вчинювані ними посягання. Так, на засіданні КМУ 2 листопада 2016 р. були озвучені результати моніторингу стану використання лісів на території Закарпатської області, де третина вирубок визнана незаконною. Було виявлено 871 ділянку фактичних суцільних вирубок лісів загальною площею понад 2112 га; із них – 530 ділянок загальною площею 774 га суцільних вирубок лісів, які не збігаються за конфігурацією та місцеположенням із нормативними вирубками лісів [6]. За перше півріччя 2016 р. обсяги незаконної порубки лісу в Україні збільшились на 36 % (приблизно 15 800 кубів) порівняно з аналогічним періодом 2015 р. [7], і це при очевидності того факту, що періодично оприлюднювані чиновниками Державного агентства лісових ресурсів України статистичні дані є далекими від реальності. «Чималий сегмент кримінально караного браконьєрства відносно лісу залишається латентним...» [2, с. 27].

Обсяг наукової статті не дозволяє розкрити весь комплекс існуючих проблем кримінально-правової кваліфікації незаконної порубки лісу та пов'язані з цим питання вдосконалення законодавства, у зв'язку з чим зосередимо увагу лише на найбільш важливих із них.

1. Предметом складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, є дерева та чагарники. Дерева – це багаторічні рослини з чітко вираженим твердим стовбуром з гілками, які утворюють крону. Дерева відіграють головну роль у формуванні лісових біоценозів, становлять основу ландшафту в лісових зонах. Чагарниками визнаються багаторічні рослини, які в дорослому стані не мають головного стовбура (стебло чітко виражене лише в перший рік життя), із деревоподібними гілками, які починають рости з поверхні ґрунту. Чагарники є невід'ємним компонентом лісу, а інколи утворюють і сам ліс (ліщинові ліси, гаї тощо). Вони мають такі ж корисні властивості і благотворно впливають на життя людей, як і дерева.

Для кваліфікації діяння за ст. 246 КК важливо, щоб дерева і чагарники як представники флори (природного і штучного походження) не набули товарно-грошової форми, інакше кажучи, статусу майна. Протиправне заволодіння заготовленим чи складованим лісом, незаконна порубка з корисливою метою дерев і чагарників у розсадниках, ботанічних і зоологічних садах, квітниківських господарствах, а також інша незаконна порубка поза межами лісового фонду України за наявності підстав утворюють склад відповідного злочину проти власності або самоуправства.

Згідно зі ст. 4 ЛК до лісового фонду належать лісові ділянки, в тому числі захисні насадження лінійного типу, площею не менше 0,1 га. Відповідно, згадування в диспозиції ст. 246 КК про захисні лісові насадження свідчить про неузгодженість положень кримінального та регулятивного (лісового) законодавства. Водночас у ЛК встановлено, що до лісового фонду не належать: зелені насадження в межах населених пунктів (парки, сади, сквери, бульвари тощо), які не віднесені в установленому порядку до лісів; окремі дерева і групи дерев, чагарники на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках. В абз. 4 п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» роз'яснюється, що порубка дерев і чагарників на територіях, не віднесених до лісового фонду, не тягне відповідальності за ст. 246 КК. За наявності підстав такі дії можуть бути кваліфіковані як крадіжка, самоуправство тощо.

Штучно вирощені зелені насадження, які згодом не набули властивостей дикорослих лісів, на відміну від лісових насаджень, не входять до лісового фонду, а отже, не можуть розглядатися як предмет злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 246 КК. При цьому в населених пунктах (поряд із штучно вирощеними) ростуть і дерева, що становлять собою природні утворення. Залежність кваліфікації порубки від походження дерева і належності останнього до лісового фонду, про що порушник може нічого не знати, виглядає дещо нелогічною. Сказане наводить на думку про те, що вдосконалена ст. 246 КК могла б передбачати караність незаконної порубки як тих деревостанів, що входять до лісового фонду, так і інших деревостанів (принаймні тих із них, екологічна значущість яких є безсумнівною).

Подібний підхід знайшов втілення, наприклад, у ст. 322 КК Іспанії, згідно з якою злочинцем визнається, зокрема, той, хто зірве, зрубає, спалить, збере або вирве будь-який вид чи підвид рослин, які розмножуються або для яких існує загроза. Це посягання віднесено до злочинів проти природних ресурсів і навколишнього середовища. Ст. 109 КК Латвійської Республіки передбачає відповідальність за порубку дерев та інші подібні дії, вчинювані не лише в чужому лісі, а і на чужій земельній ділянці, особливо охоронюваних державою природній території чи об'єкті, в парку, на дендрологічному об'єкті, земельній або водній захисній смузі, в міській зеленій зоні, на інших захисних смугах або зонах.

Показово, що у вітчизняній юридичній літературі однією з вад чинної редакції ст. 246 КК визнається те, що її дія не поширюється на зелені зони міст і промислових центрів, парки і сквери, сади і розсадники, насадження вздовж вулиць, шляхів, річок, водойм тощо [8, с. 160]. Зважаючи на сучасний кризовий екологічний стан у багатьох містах України, пріоритет екологічних функцій штучно створених природних екосистем і з метою включення таких об'єктів до сфери кримінально-правової охорони довкілля, запропоновано до-

повнити диспозицію ст. 246 КК словами «а також дерев та чагарників, що не входять до лісового фонду» [9, с. 8]. Стверджується також, що поза увагою законодавця залишилися незаконна рубка дерев і чагарників на сільськогосподарських угіддях, що не відносяться до лісів та не належать до лісового фонду, в зв'язку з чим поліпшена ст. 246 КК мала б передбачати відповідальність і за незаконні дії щодо окремих груп дерев на землях сільськогосподарського призначення. Висувається і пропозиція включити в КК ст. 246-1, яка б визнавала окремим злочином проти довкілля незаконне видалення, знищення, або пошкодження дерев і чагарників, які відносяться до зелених насаджень у населених пунктах, що заподіяло істотну шкоду [10].

Очевидно, що вказана проблема позбавлена однозначності, знаходиться на вістрі проблематики розмежування злочинів проти власності і проти довкілля, а тому потребує самостійного розгляду. Про це, зокрема, свідчить доктринальна пропозиція виключити зі ст. 260 КК РФ (аналог ст. 246 нашого КК) згадування про ті дерева, кущі та ліани, які не віднесено до лісових насаджень [11, с. 88–89], дискусійність питання про визнання предметом незаконної порубки дерев і чагарників, які ростуть на присадибних, дачних і садових ділянках [12, с. 15] при тому, що інші російські науковці, навпаки, підтримують рішення свого законодавця про розширення предмета аналізованого екологічного злочину (а саме вихід цього предмета за межі лісового фонду) [5, с. 74–75; 13; 14, с. 20; 15, с. 91].

2. Зазвичай встановлення такої ознаки складу, передбаченого ст. 246 КК, як його предмет, на практиці не викликає труднощів. Разом з тим звертає на себе увагу неоднозначність з питання, чи слід визнавати розглядуваним злочином незаконну порубку сухостійного лісу.

З урахуванням того, що сухостійні дерева втрачають більшу частину біологічних функцій і не чинять будь-якого впливу на природні фактори, в юридичній літературі зустрічається думка про те, що сухостійні дерева не повинні визнаватись предметом незаконної порубки лісу. Стверджується, що предметом цього злочину є дерева та чагарники, які не втратили своїх природних біологічних функцій, тобто сиророслий ліс. Єдиним винятком визнаються ситуації, коли здійснюється порубка таких сухостійних дерев, які є обов'язковим елементом ландшафту (наприклад, таких, що розташовані в заповідниках із метою збереження лісової флори і фауни в їхньому природному стані). Зазначається і те, що сухостійні дерева нерідко стають навіть шкідливими, бо сприяють поширенню різноманітних лісових хвороб, шкідників, заважають виростанню продуктивного лісу тощо [2, с. 34–35, 48, 71–75, 103; 16, с. 30; 17, с. 454; 18, с. 92; 19, с. 561].

Інша точка зору з цього питання кваліфікації зводиться до того, що предметом складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, є природний стан лісу, тобто це повинні бути дерева і чагарники на корні (пні) – як сиророслі, так і сухостійні, адже ліс – це певна біологічна єдність. До того ж поняття рубки сухою збігається з поняттям рубки сиророслого лісу, а сухостійні дерева, як і дерева, пошкоджені хворобами чи заражені шкідниками, підлягають санітарній рубці не довільно, а в порядку, встановленому лісовим законодавством [12, с. 15; 20, с. 84; 21, с. 159–160].

Щодо позиції судової практики, то їй відомі випадки інкримінування ст. 246 КК особам, які вчиняли незаконну порубку сухостійних дерев.

Так, на підставі вироку Гадяцького районного суду Полтавської області від 24 жовтня 2016 р. за ст. 246 КК було засуджено особу, яка, знаходячись на території колишніх торф'яників, незаконно здійснила порубку трьох сухостійних дерев породи «верба» [22]. Інша особа, не маючи відповідного дозволу, вирувала одинадцять дерев сухостійної сосни і за вироком Конотопського міськрайонного суду Сумської області від 18 жовтня 2016 р. була визнана винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ст. 246 КК [23].

За цією ж статтею КК кваліфікував Яремчанський міський суд Івано-Франківської області (вирок від 12 червня 2012 р.) дії особи, яка на території Микуличинського лісництва ДП «Делятинське лісове господарство» без відповідного дозволу для власних потреб зрубала три сухостійні дерева породи «ялина» діаметром пня, відповідно, 54 см, 59 см і 51 см. Визнаючи себе винуватим у вчиненні незаконної порубки лісу частково, підсудний заявив, що, оскільки три ялини, які він зрубав, були сухостійними, а одне дерево, яким він заволодів, – вітровальним, його дії не заподіли жодної шкоди навколишньому природному середовищу. Це твердження, однак, не завадило суду кваліфікувати дії вказаної особи за ст. 246 КК. Разом з тим суд обґрунтовано виключив з обвинувачення за цією кримінально-правовою нормою факт заволодіння підсудним одним вітровальним деревом породи «ялина». Встановлено, що останнє було зламане вітром приблизно на висоті 1 м від кореня, тобто підсудний не відділяв дерево від кореня, а отже, не вчиняв його порубку [24].

Як відомо, хмиз – мертві стовбури дерев або їх частин, які лежать на поверхні ґрунту (вітровал, бурелом, сніголам, трусок, утворюваний внаслідок природного відмирання дерев, тощо), не визнаються предметом злочину, передбаченого ст. 246 КК. За наявності підстав порушення порядку заготівлі другорядних лісових матеріалів може кваліфікуватись за ст. 356 КК як самоправство. Тому занадто категоричним вважаємо висловлювання О.В. Сторчоуса про те, що «за чинним законодавством особа, яка самовільно, без будь-якого дозволу привласнює стовбур, що відділився від кореневої частини внаслідок бурелому, сніговалу чи вітровалу, не несе жодної відповідальності» [10].

De lege lata порубка засохлих і хворих деревостанів, які поряд із сиророслими рослинами є елементом лісу як біологічної єдності, з урахуванням конкретних обставин може розглядатись як малозначне діяння, позбавлене суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11 КК). Принаймні така рекомендація висловлювалась нами раніше в одній з робіт [25, с. 442]. Водночас переконані в тому, що питання про віднесення до предмета незаконної порубки лісу сухою мало б розв'язуватись шляхом здійснення відповідного уточнення диспозиції ст. 246 КК. За умов суперечливого тлумачення цієї кримінально-правової заборони в позначеній частині саме законодавцю варто визначити, чи характеризується незаконна порубка сухостійного лісу рівнем суспільної небезпеки, притаманним злочину. Сказане стосується і такої дії, як самовільне привласнення зламаних дерев, вказівку на яку окремі дослідники пропонують включити в ст. 246 КК поряд із незаконними рубкою, пошкодженням і викопуванням дерев і чагарників [10].

На користь висунутого варіанту розв'язання проблеми кримінально-правової оцінки незаконної порубки сухостійних дерев вказує як необхідність дотримання принципу юридичної визначеності – однієї з основних складових верховенства права, так і висловлена в літературі пропозиція здійснити в ст. 65 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) розмежування незаконної порубки, пошкодження або знищення лісових культур та молодняку, з одного боку, і незаконної порубки, пошкодження або знищення сухою в лісах, з іншого, встановивши за друге правопорушення менш суворе стягнення. Адже в більшості випадків вирубування або знищення сухою в лісах з екологічної точки зору має позитивний вплив на стан живих лісових культур [26, с. 16, 184–185].

3. 3 об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 246 КК, полягає в незаконній порубці дерев і чагарників. Тобто не будь-яка порубка лісу здатна потягнути за собою кримінальну відповідальність, а лише та, яка вчинена незаконно. Свого часу Пленум ВСУ роз'яснив, що така відповідальність може наставати тільки у випадках, коли порубка лісу здійснювалася з порушенням нормативних актів, які регулюють порядок порубки дерев і чагарників, у лісах, захисних та інших лісових насадженнях (якщо при цьому заподіяно істотну шкоду), або в заповідниках чи на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду (далі – ПЗФ), або в інших особливо охоронюваних лісах (абз. 1 п. 9 постанови Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля»).

Як бачимо, кваліфікація дій за ст. 246 КК залежить від категорії захищеності лісу та правового статусу об'єктів, у межах яких здійснюється порубка. До речі, з урахуванням того, що незаконна порубка, яка утворює склад аналізованого злочину, може здійснюватись не лише в лісах, не зовсім прийнятною вважаємо пропозицію В.К. Матвійчука викласти назву ст. 246 КК у такій редакції: «Незаконна порубка дерев і чагарників у лісах» [27, с. 147]. Водночас ми усвідомлюємо умовність назви чинної редакції цієї статті КК і, відповідно, доцільність її уточнення (адже рубці піддається не ліс як певний природний ресурс, а відповідні дерева і чагарники). До речі, в ст. 65 КУпАП використовується більш вдалий зворот «незаконна порубка і пошкодження дерев і чагарників».

Доктрина кримінального права виходить з того, що порубка є незаконною, якщо вона здійснюється, зокрема: 1) без спеціального на те дозволу, який посвідчується відповідним документом (лісорубним або лісовим квитком), виданим уповноваженим органом (особою); 2) за дозволом, виданим із порушенням чинного законодавства; 3) за наявності дозволу, але з недотриманням передбачених у ньому умов стосовно місця, способу і строків порубки, кількості і порід дерев та чагарників (порубка не на тій ділянці, що виділена, до початку чи після закінчення установлених у дозволі строків, вирубування цінних і рідкісних дерев та чагарників, занесених до Червоної книги України, насінників, плюсових та інших дерев, що мають виняткове значення для збереження біорізноманіття, тощо); 4) за наявності дозволу на проведення суцільної санітарної рубки, але без дотримання обмежень, встановлених щодо площі, строків, технологій проведення робіт [25, с. 448–449]. Наприклад, за повідомленнями ЗМІ, на території Путильського району під виглядом санітарних і лісовідновних рубок щороку замість 60 тис. кубометрів вирубується 100 тис. і більше кубометрів лісу [28]. Наявність лісорубного квитка на проведення порубки не обов'язково свідчить про те, що дерева на певній ділянці були зрубані законно [29, с. 10].

Викладене розуміння незаконності порубки лісу є результатом системного тлумачення положень кримінального і лісового законодавства. Як засвідчує аналіз матеріалів правозастосовної практики, найбільш розповсюдженими є порубки, вчинювані без спеціального дозволу, тобто без лісорубного квитка (так звані самовільні рубки). Суб'єктами цих рубок зазвичай виступають особи, не пов'язані з лісовою або (та) мисливською галузями господарства.

Беручи до уваги бланкетний характер диспозиції кримінально-правової заборони, закріпленої в ст. 246 КК, суд у кожному випадку її застосування в порядку конкретизації обвинувачення має чітко визначити, які положення тих чи інших нормативних актів у сфері регулювання лісових правовідносин були порушені винуватим, а також робити посилання на них. Серед таких актів варто назвати, зокрема: ЛК; Закон України від 10 лютого 2000 р. «Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону»; Санітарні правила в лісах України, затверджені постановою КМУ від 27 липня

1995 р. № 555; Правила відтворення лісів, затверджені постановою КМУ від 1 березня 2007 р. № 303; Порядок спеціального використання лісових ресурсів і Порядок видачі спеціальних дозволів на використання лісових ресурсів, затверджені постановою КМУ від 23 травня 2007 р. № 761; Правила рубок головного користування, затверджені наказом Держкомлісгоспу від 23 грудня 2009 р. № 364.

Специфіка бланкетного способу викладення диспозицій кримінально-правових норм справедливо вбачається в описанні елементів складу злочину за допомогою узагальнюючих ознак та ознак-понять, які є «закодованими» (їхній зміст логічно не впливає з диспозиції кримінально-правової норми), а тому для з'ясування потребують звернення до пов'язаних із кримінальним інших галузей законодавства [30, с. 54–63]. Слід погодитись з тим, що бланкетний характер диспозицій кримінально-правових норм про злочини проти довкілля істотно ускладнює практичним працівникам слідства, прокуратури та суду їх застосування на практиці [31, с. 37–38]. На особливості кваліфікації злочинів проти довкілля, передбачених статтями КК із бланкетними диспозиціями, звернув увагу і ВСУ: в п. 2 постанови Пленуму від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» роз'яснюється, що судам слід ретельно з'ясовувати, яким саме законодавством регулюються правовідносини, пов'язані з використанням та охороною відповідного природного ресурсу (землі, надр, вод, атмосферного повітря, рослинного і тваринного світу тощо).

На жаль, інколи суди обмежуються констатацією незаконності порубки лісу, не зазначаючи, в чому саме полягає незаконний характер діяння. Наприклад, таким чином вчинив Путильський районний суд Чернівецької області, який у вирокі від 22 вересня 2016 р. зафіксував лише те, що особа протягом березня – квітня 2016 р. в урочищі Тури Яблунецької сільської ради Путильського району Чернівецької області вчинила незаконну порубку сімнадцяти сиророслих дерев породи «ялина», чим спричинила істотну шкоду на суму 161973 грн. 61 коп. [32].

Ураховуючи те, що ознака незаконності порубки може тлумачитись по-різному, в ст. 246 КК варто закріпити види незаконного користування відповідним природним ресурсом. Вважаємо, що це істотно посилило б інформаційне та виховне навантаження аналізованої кримінально-правової заборони. Отже, в ст. 246 КК пропонуємо зазначити, що незаконною визнається порубка дерев і чагарників, вчинена: без відповідного дозволу; за дозволом, виданим із порушенням чинного законодавства; до початку чи після закінчення встановлених у дозволі строків; не на призначених ділянках чи понад установлену кількість; не тих порід дерев, які визначено в дозволі; порід, вирубки яких заборонено.

4. Чи не найбільше питань на практиці виникає зі встановленням таких суспільно небезпечних наслідків незаконної порубки лісу, як заподіяння істотної шкоди. Законодавець не розкриває зміст цієї ознаки, залишаючи його визначення на розсуд правозастосувача.

Поняття істотної шкоди як наслідку відповідних злочинів проти довкілля використовується в розділі VIII Особливої частини КК чотири рази (ч. 1 ст. 244, ст. 246, ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 249), проте в законодавчому порядку зміст цього поняття розкрито лише в примітці ст. 248 КК. В інших випадках при обрахуванні істотної шкоди, на думку В.В. Локтіонової, необхідно враховувати такі критерії: 1) велика вартість предмета злочину проти довкілля; 2) кількість добутого; 3) особлива цінність предмета злочину; 4) особлива екологічна цінність; 5) витрати на покриття збитків від вчинення злочину проти довкілля. Істотність шкоди при незаконній порубці дерев і чагарників згадана авторка пропонує визначати з урахуванням, зокрема, таких критеріїв, як кількість вирубаних дерев і чагарників, цінність їхньої породи, діаметр дерев на пні, група лісу, розмір витрат, виділених, наприклад, на засадження території новими рослинами [33, с. 173–174, 178; 34, с. 11].

Вирішуючи питання, чи є заподіяна незаконною порубкою шкода істотною (оціночне поняття), потрібно в кожному конкретному випадку враховувати вартість, екологічну цінність (наприклад, занесення дерева або чагарника до Червоної книги України), кількість незаконно вирубаного лісу, розмір шкоди, завданої довкіллю, у тому числі обчисленої за спеціальними таксами. Нами було висловлено думку про те, що шкода визнається істотною, зокрема, тоді, коли були знищені певні види дерев у тій чи іншій місцевості, погіршилися породний склад, якість, захисні, водоохоронні та інші екологічні властивості лісу, виникли труднощі у відтворенні заліснення в певній місцевості, знизилась якість атмосферного повітря, змінились ландшафт місцевості, русло річки, сталась ерозія ґрунту [25, с. 454]. Подібні міркування висловлює В.К. Матвійчук, який водночас констатує, що судова практика при з'ясуванні істотності шкоди, заподіяної незаконною порубкою лісу, не враховує втрату корисних функцій лісу [27, с. 178].

Якщо внаслідок незаконної порубки дерев, чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях істотна шкода не настала, то винувата особа залежно від обставин має нести відповідальність на підставі статей 64, 65, 65-1 або 66 КУпАП.

Проаналізовані матеріали судової практики засвідчують гостроту проблеми встановлення суспільно небезпечних наслідків незаконної порубки лісу у вигляді заподіяння істотної шкоди. Суди демонструють ши-

рокий спектр підходів до розуміння змісту диспозиції ст. 246 КК у частині визначення вказаної ознаки складу злочину, що змушує в черговий раз замислитись над удосконаленням КК. Розглянемо декілька прикладів із судової практики.

У вироку Воловецького районного суду Закарпатської області від 19 жовтня 2016 р. істотна шкода підміняється майновою. Суд, кваліфікуючи скоєне за ст. 246 КК, навіть не згадує про істотну шкоду як таку, зазначаючи лише те, що особа вчинила незаконну порубку деревини, чим заподіяла державному підприємству «Воловецьке лісове господарство» майнову шкоду на суму 22761 грн. 93 коп. [35].

Більш поширеними є випадки, коли суди, хоч і констатують наявність істотної шкоди, роблять такий висновок виключно на підставі заподіяної майнової шкоди. Суди фактично прирівнюють істотну шкоду до майнової, не враховуючи інші важливі чинники, згадані вище. За такого підходу не зрозуміло, якою є межа цієї істотності та який розмір майнової шкоди її виключає. Наприклад, як зазначив Богородчанський районний суд Івано-Франківської області у вироку від 12 жовтня 2016 р., особа вчинила незаконну порубку трьох дерев сосни, заподіявши істотну шкоду, яка в грошовому виразі склала 14488 грн. 25 коп. Дії підсудного суд кваліфікував за ст. 246 КК, оскільки той вчинив незаконну порубку лісу, що заподіяло істотну шкоду лісовому господарству на вказану суму [36].

Правильнішою є позиція тих судів, які до визначення істотної шкоди підходять комплексно, установлюючи факт заподіяння не лише майнової шкоди, а і шкоди, яка спричиняється порядку використання, охорони та відтворення лісів. «... не можна розглядати ліс лише як джерело деревини, він є складною, багаторівневою та багатофункціональною системою» [29, с. 45].

Так, обґрунтовуючи наявність істотної шкоди, заподіяної в результаті незаконної порубки лісу, Тростянецький районний суд Сумської області у вироку від 7 жовтня 2016 р. зазначив, що внаслідок самовільної порубки лісів особа завдала матеріальні збитки навколишньому природному середовищу в розмірі 5511 грн. 14 коп., чим заподіяла істотну шкоду інтересам держави в сфері охорони, раціонального використання та відтворення лісових ресурсів, а саме погіршилась спроможність виконання лісосмугою специфічних захисних функцій [37].

Показовим у цьому плані є також вирок Любомльського районного суду Волинської області від 27 листопада 2013 р., відповідно до якого обвинувачений був виправданий саме через відсутність заподіяної істотної шкоди. Суд, пославшись на викладену вище доктринальну позицію, зробив висновок про недостатність встановленої майнової шкоди для вирішення питання про її істотність в контексті суспільно небезпечних наслідків, визначених у ст. 246 КК: «... при порівняно суттєвому розмірі встановленої за відповідними таксами цивільно-правової шкоди незначна кількість і вартість незаконно зрізаних дерев та відсутність необхідних і достатніх ознак істотності шкоди свідчать про відсутність в діях особи складу злочину, передбаченого ст. 246 КК України» [38].

На нашу думку, треба підтримати позицію тих судів, які ставлять під сумнів використання при визначенні суспільно небезпечних наслідків складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, формули «істотна шкода» = «майнова шкода будь-якого розміру». Тому, наприклад, правильно вчинив Апеляційний суд Волинської області, визнавши обвинувачення за ст. 246 КК неконкретним, оскільки підхід до визначення істотної шкоди суду першої інстанції засновувався лише на встановленні матеріальних збитків. Апеляційний суд зробив слушний висновок про те, що без комплексного врахування вартості, екологічної цінності, кількості незаконно вирубаного лісу і встановлення інших значущих обставин не можна вважати істотність шкоди як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 246 КК, належним чином з'ясованою [39].

На різнобій у визначенні розміру істотної шкоди як ознаки незаконної порубки лісу слушно звернула увагу Л.П. Брич, яка висловила за вирішення досліджуваної проблеми шляхом надання роз'яснення найвищою судовою інстанцією. Науковець висунула пропозицію доповнити постанову Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» роз'ясненням про те, який розмір майнової шкоди, вираженої в НМДГ, при вчиненні незаконної порубки лісу як злочину вважається істотною шкодою [40, с. 199]. Видається, що зазначена пропозиція суперечить природі істотної шкоди при незаконній порубці лісу як оціночній ознаки. Визначення того, який саме розмір майнової шкоди, виражений у певній кількості НМДГ, має визнаватись істотною шкодою як ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, – компетенція законодавця, а не органу, уповноваженого здійснювати судово тлумачення положень кримінального закону.

Нам імпонує висловлена в юридичній літературі думка про необхідність законодавчої конкретизації поняття істотної шкоди, заподіяної внаслідок незаконної порубки лісу [41, с. 40–41]. Конструюючи кримінально-правові норми про відповідальність за інші злочини проти довкілля, які можна назвати подібними до незаконної порубки лісу (статті 239-1, 239-2, 248 КК), законодавець пов'язує кримінальну відповідальність за основний (статті 239-2, 248 КК) або кваліфікований склад злочину (ст. 239-1 КК) із: 1) настанням певних формально визначених наслідків, описаних за допомогою вказівки на конкретні грошові суми (статті 239-1, 248

КК); 2) об'ємом незаконно добутого поверхневого (ґрунтового) шару земель водного фонду (ст. 239-2 КК). За таких обставин формалізація суспільно небезпечних наслідків незаконної порубки лісу могла б стати одним із напрямів вдосконалення досліджуваної статті КК.

Взагалі аналіз особливостей законодавчого описання наслідків злочинів проти довкілля в чинному КК дозволяє стверджувати, що наш законодавець віддав перевагу наслідкам, які здебільшого ґрунтуються на судженнях правозастосовних органів. С.Б. Гавриш з цього приводу пише, що без розроблення критеріїв формалізації оціночних понять в екологічних злочинах, визначення параметрів (масштабу, розмірів тощо) прояву і встановлення їх наслідків названі норми або майже не будуть застосовуватись, або слугуватимуть підставою для виправданої законом сваволі [42, с. 282; 43, с. 421–422]. Подібним чином висловлюється В.В. Локтіонова, яка зазначає, що в законі про кримінальну відповідальність необхідно відмовитись від використання понять, що мають занадто широкий і «розмитий» зміст, замінивши їх формально-визначеними поняттями [34, с. 11].

Зазначимо, що спроби у вказаний спосіб поліпшити ст. 246 КК робились, однак успіхом вони поки що не увінчалися. Так, свого часу народним депутатом України В.І. Левцуном вносився законопроект «Про внесення змін до Кримінального Кодексу України (щодо посилення відповідальності за незаконну вирубку лісових ресурсів)» (реєстр. № 10669), яким пропонувалось доповнити ст. 246 КК приміткою такого змісту: «У статті 246 цього Кодексу шкода вважається істотною, якщо вона полягає у заподіянні збитків на суму від п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за таксою, встановленою для обчислення розміру стягнень за шкоду, заподіяну незаконною порубкою і пошкодженням дерев і чагарників».

На сьогодні ми не готові назвати оптимальну величину істотної шкоди при незаконній порубці лісу, яку *de lege ferenda* варто закріпити в ст. 246 КК, і лише висловимо думку про те, що запропонований згаданим законопроектом показник цієї шкоди виглядає завищеним. Так, за інформацією О.В. Сторчоуса, на сьогодні розмір шкоди, який розцінюється правозастосувачами як свідчення її істотності з погляду кваліфікації за ст. 246 КК, в середньому складає 7–10 тис. грн. [29, с. 50]. Положення про завищеність відповідного показника стосується і пропозиції закріпити в ст. 246 КК істотну шкоду, завдану незаконною порубкою лісу, на рівні 100 і більше НМДГ [2, с. 95–96, 105, 156, 193; 9, с. 5, 8–9, 14], а так само на рівні 250 і більше НМДГ [33, с. 173–174, 178]. Принагідно зауважимо, що висуненню останньої з наведених пропозицій (В.В. Локтіонова) не передувало бодай якесь обґрунтування.

Не дивлячись на множинність теоретичних позицій, не сумніваємося в доцільності саме законодавчого втручання в розв'язання проблем, пов'язаних із визначенням істотності шкоди, заподіяної незаконною порубкою лісу, як криміноутворювальної ознаки. Вважаємо, що КК має чітко встановлювати, яка шкода вважається істотною при незаконній порубці лісу (принаймні в частині її майнової складової). Допоки цього не зроблено, на практиці, крім зазначеної вище, гостро постає проблема відмежування незаконної порубки дерев і чагарників як злочину, передбаченого ст. 246 КК, від суміжного адміністративного проступку – незаконної порубки і пошкодження дерев і чагарників (ст. 65 КУпАП). На сьогодні одні і ті самі дії, які полягають у незаконній порубці дерев, залежно від розсуду суду (інколи нічим не обґрунтованого) можуть одержувати різну правову оцінку – або як злочину, або як адміністративного правопорушення. Наведемо з цього приводу лише один приклад, який, на жаль, є типовим.

Відповідно до постанови Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 28 вересня 2016 р. особу було визнано винуватою у вчиненні правопорушення, передбаченого ст. 65 КУпАП. Як зазначається в судовому рішенні, ця особа, знаходячись у Великообзирському лісництві ДП «Камінь-Каширське лісове господарство», зрізала два сиророслих дерева сосни з діаметрами пнів 28 і 41 см [44].

Ураховуючи, що в деяких випадках дії особи, які полягали в незаконній порубці навіть одного дерева згаданої породи, кваліфікуються як злочин (передусім мається на увазі перша форма об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 246 КК), з'ясований тренд, який спостерігається на практиці, є вкрай небезпечним і таким, що свідчить про кричуще порушення принципів справедливості і законності в кримінальному праві. Не в останню чергу занепокоєння викликає потужний корупційний ризик, який полягає в можливості правоохоронних органів і суду за одних і тих же фактичних обставин кваліфікувати незаконну порубку лісу і як злочин, і як адміністративний проступок. Вказаний корупціогенний чинник породжує «зручну» лазівку для несумлінних правозастосувачів і заможних «лісокористувачів», а тому потребує законодавчого усунення.

У літературі слушно наголошується на тому, що відсутність чіткої межі між злочином та адміністративним правопорушенням негативно впливає на стан правової охорони лісів. Адже це певним чином покриває порушення як з боку лісової охорони, так і з боку працівників правоохоронних органів. Так, перші за наявності очевидних ознак злочину іноді не направляють зібрані адміністративні матеріали за фактами самовільних рубок до компетентних правоохоронних органів для початку досудового розслідування, безпідставно накладаючи на злочинців адміністративні стягнення. Аргументується це тим, що лісова охорона має повноваження самостійно визначати ознаки адміністративного проступку [29, с. 31]. З іншого боку, «працівники органів внутрішніх справ почасти виносять постанови про закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 1

ст. 284 КПК України у зв'язку із відсутністю складу кримінального правопорушення у випадках, коли суми завданої шкоди перевищують 20 тис. грн. Правовою мотивацією цього є відсутність у законі чіткого розміру «істотності» шкоди, завданої незаконними рубками» [10]. На необхідності чіткого законодавчого розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності за вчинення незаконної порубки лісу наголошують й інші правники [45, с. 236; 46, с. 94–95].

5. Підхід законодавця до конструювання складу злочину, передбаченого ст. 246 КК України (маємо на увазі другу форму діяння – незаконну порубку дерев і чагарників у заповідниках або на територіях та об'єктах ПЗФ, або в інших особливо охоронюваних лісах), не виключає застосування до особи, яка вчинила таку порубку, ч. 2 ст. 11 КК. Нагадаємо, що у випадку малозначності має місце розбіжність між законодавчою оцінкою типової суспільної небезпеки певного виду злочинної поведінки і небезпекою конкретного випадку такої поведінки. Наприклад, за певних обставин така розбіжність може мати місце в разі порубки одного дерева в заповіднику або інших особливо охоронюваних лісах) і, відповідно, розглядатись з позиції положення про малозначність. Злободенність такої постановки питання зумовлена, зокрема, тим, що на сьогодні регулятивним законодавством належним чином не вирішується проблема заготівлі паливних дров особами, які проживають у межах ПЗФ або навколо відповідних об'єктів і територій [47].

Аналіз практики з цього питання кваліфікації демонструє, що суди зазвичай уникають застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо осіб, які здійснюють незаконну порубку лісу, хоч у деяких випадках вбачаються ознаки малозначності діяння. Так, особа, перебуваючи в лісовому масиві С. Розтоки Косівського району Івано-Франківської області на території Рожинського лісництва Косівського районного підприємства «Райагроліс», що відноситься до ПЗФ, діючи без відповідного дозволу, виданого уповноваженим органом, вчинила незаконну порубку одного сиророслого дерева породи «ялина» загальною кубомасою 0,99 куб. м. Дії обвинуваченого Косівський районний суд Івано-Франківської області у вироку від 27 лютого 2015 р. кваліфікував як вчинення незаконної порубки лісу на території ПЗФ [48].

Згідно з викладеними обставинами вчинене діяння формально містить ознаки складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, у другій формі його об'єктивної сторони. Водночас є підстави констатувати мізерність шкоди, завданої в результаті вчинення зазначеного діяння (було зрубане одне невелике дерево). Виходячи з того, що засуджений відразу розпорядився зрубаним деревом, можна говорити і про суб'єктивну складову малозначності (він мав намір вчинити саме малозначне діяння).

Безумовно, при вирішенні питання про віднесення незаконної порубки дерева до малозначного діяння потрібно враховувати ступінь його екологічної цінності. Малозначність повинна виключатись, якщо йдеться про порубку цінного або рідкісного дерева, занесеного до Червоної книги України, або дерева, яке має виняткове значення для збереження біорізноманіття. Схожу позицію з цього питання займає О.В. Сторчоус, який пише, що на практиці можуть мати місце випадки вчинення на території ПЗФ незаконної порубки одного дерева невеликого діаметру, порода якого не становить великої цінності (клен американський, верба тощо). Дослідник констатує, що за цих обставин правоохоронні органи можуть віднести такі дії до малозначних [29, с. 21]. Водночас проблематичним видається застосування положення про малозначність у разі вчинення особою незаконної порубки дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, якщо це заподіяло істотну шкоду (перша форма діяння, передбаченого ст. 246 КК). Сказане зайвий раз підкреслює показану нами раніше недосконалість використаного в ч. 2 ст. 11 КК звороту «істотна шкода», здатного ускладнювати розуміння справжнього змісту цієї кримінально-правової норми, та необхідність її термінологічного уточнення [49].

6. Потрібно звернути увагу на те, що в практиці застосування ст. 246 КК інколи відбувається змішування першої (незаконна порубка дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, що заподіяло істотну шкоду) та другої (незаконна порубка дерев і чагарників у заповідниках або на територіях та об'єктах ПЗФ, або в інших особливо охоронюваних лісах) форм діяння. Так, установлення незаконної порубки лісу в заповіднику не вимагає від суду визначення наявності або відсутності заподіяної істотної шкоди, адже остання в такому випадку не є обов'язковою ознакою складу злочину (за конструкцією він є формальним).

Цього, однак, не врахував Великоберезнянський районний суд Закарпатської області, який у вироку від 25 жовтня 2016 р. встановив, що особа на території ПЗФ (урочище «Болотино» Костринського природоохоронного науково-дослідного відділення Ужанського національного природного парку (НПП)) без передбаченого законом дозволу здійснила незаконну порубку одинадцяти дерев, чим спричинила природному парку майнову шкоду на загальну суму 14704 грн. Незважаючи на місце вчинення злочину, яке тут має самостійне юридичне значення, суд визнав правильною кваліфікацію дій обвинуваченого як незаконної порубки дерев у лісах, що заподіяло істотну шкоду [50]. Повторимо, що для другої форми злочинного діяння, передбаченого ст. 246 КК, наявність істотної шкоди значення для кваліфікації не має і, відповідно, не потребує встановлення. Виняток становлять лише згадані випадки, коли істотна шкода може вважатись не заподіяною через малозначність.

Незаконна порубка дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях визнається закінченим злочином із моменту заподіяння в результаті незаконної порубки лісу істотної шкоди, а вчинення таких

дій у заповідниках або на територіях та об'єктах ПЗФ, або в інших особливо охоронюваних лісах – з моменту відокремлення дерева або чагарнику від кореня або заподіяння зазначеним представником флори пошкоджень, які викликають їх загибель або припинення росту. Та обставина, що особа ще не встигла скористатись незаконно здобутим, на кваліфікацію за ст. 246 КК як закінченого злочину не впливає.

Наступне заволодіння зрубаним лісом, здійснене тим, хто вчинив незаконну порубку лісу, на наш погляд, не потребує додаткової кваліфікації як злочин проти власності. Інакше кажучи, ми не сприймаємо думку про те, що незаконна порубка і подальше заволодіння зрубленими деревами і чагарниками посягають на різні об'єкти кримінально-правової охорони (відносини з охорони та раціонального використання лісових насаджень і відносини власності, відповідно), а тому мають кваліфікуватись за сукупністю злочинів [51; 52; 53]. Враховуючи момент закінчення злочину, передбаченого ст. 246 КК, а також усталені в доктрині підходи щодо розмежування злочинів проти довкілля і злочинів проти власності [54], немає підстав вбачати посягання на два різних родових об'єкти у випадку вилучення дерев і чагарників із природного середовища шляхом незаконної порубки лісу (остання не повинна розглядатись як спосіб розкрадання лісу). На кваліфікацію розглядуваних дій не впливає те, що незаконна порубка лісу може здійснюватись не лише з корисливих мотивів, а також факт затримання бракон'єра не безпосередньо в момент незаконної заготівлі деревини, а під час її транспортування чи зберігання. Таку ж позицію обстоює О.В. Сторчоус: «При самовільній рубці дерева та чагарники вилучаються з природного середовища свого зростання, а не зі сфери власності. З цих причин у кримінально-правовому розумінні вкрасти ліс на корені неможливо» [29, с. 52].

Разом з тим незаконна порубка лісу, як слушно зазначається в літературі, може утворювати реальну сукупність із відповідним злочином проти власності (зокрема, крадіжкою) у випадку заволодіння особою деревами або чагарниками, незаконно порубленими нею і надалі оприбуткованими уповноваженими працівниками лісових господарств, про що відомо злочинцю [29, с. 54; 55, с. 53–54; 56, с. 125] (незаконно добута деревина має вилучатись у порушників лісового законодавства і підлягати секвеструванню).

7. Певні суперечності можуть виникати в частині тлумачення поняття порубки, яке використовується для позначення суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 246 КК. Адже фахівці по-різному розкривають його зміст.

Так, буквальне тлумачення порубки лісу не виправдано звужує зміст ст. 246 КК. Подібне тлумачення дозволяє вважати кримінально караною лише таку порубку лісу, що полягає у відділенні дерев і чагарників від коренів незалежно від засобів і способів, які для цього використовуються [57, с. 280–281; 58, с. 439]. Така точка зору була пануючою і щодо передбаченої ст. 160 КК 1960 р. незаконної рубки лісу [8, с. 155]. Наведений підхід загалом відповідає лексичному значенню порубки, під якою зазвичай розуміється відокремлення сиророслого стовбура від землі будь-яким способом (спилування, зрубання, корчування тощо) [29, с. 18, 22].

Однак більш прийнятним, на наш погляд, при визначенні змісту кримінально-правової заборони, присвяченої незаконній порубці лісу, є інше (більш широке) її тлумачення. Як і інші дослідники [2, с. 87–88, 165; 59, с. 168–169], вважаємо, що порубка лісу має охоплювати не тільки відокремлення дерева або чагарнику від кореня або викорчовування (видалення деревостану з корінням) чи викопування, але й їхнє пошкодження до стану припинення росту (наприклад, відокремлення основних гілок від стовбура дерева, нанесення на стовбурі дерева глибоких порізів, знищення кореневої системи).

Згідно з приміткою 3 до Такс для обчислення розміру школи, заподіяної лісу підприємствами, установами, організаціями та громадянами незаконним вирубуванням та пошкодженням дерев і чагарників до ступеня припинення росту, затверджених постановою КМУ від 23 липня 2008 р. № 665, до пошкоджених до стану припинення росту належать дерева з переламаними стовбурами, обідраною корою понад 30 відсотків периметра дерева (незалежно від довжини за висотою стовбура), обшморганою кроною понад половину її довжини, обідраними та зламаними скелетними коренями понад половину периметра стовбура, а також повалені дерева і такі, що мають нахил понад 30 градусів від вертикальної осі. До речі, з назви цього нормативного акту впливає існування різниці між незаконною порубкою лісу і пошкодженням дерев і чагарників до ступеня припинення їх росту. І це є додатковим (так би мовити, нормативним) аргументом на користь відповідного уточнення диспозиції ст. 246 КК.

Показово, що деякі суди поділяють обстоюваний нами підхід до розуміння поняття порубки лісу, враховуючи при кваліфікації не лише зрублені, а і пошкоджені дерева. Так, на підставі вироку Кременецького районного суду Тернопільської області від 7 квітня 2016 р. особу було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ст. 246 КК. Перебуваючи на території ПЗФ – Кременецького ботанічного саду, особа без спеціального дозволу здійснила незаконну порубку, зрізавши бензопилою, одне дерево породи «ясен». Унаслідок падіння цього дерева після його відокремлення від пня було пошкоджено два дерева породи «граб» і «клен» до ступеня припинення їхнього росту [60].

Задля уникнення ймовірних непорозумінь, пов'язаних із визначенням змісту поняття «порубка», вважаємо за доцільне внести зміни до ст. 246 КК, які б дозволяли визначити пошкодження дерев і чагарників до стану

припинення росту як самостійну (альтернативну) форму суспільно небезпечного діяння поряд із власне порубкою лісу. Про потрібність такого законодавчого кроку послідовно зазначає П.В. Мельник [20, с. 85; 21, с. 159, 171; 62, с. 192]. Сказане стосується і таких дій, як викопування дерев і чагарників, їх виривання, у тому числі за допомогою вибухових речовин, випалювання коренів.

До речі, про доцільність вказаних законодавчих змін свідчить і зарубіжний досвід. Так, відповідно до ст. 109 КК Латвійської Республіки кримінально караним діянням визнається не лише порубка відповідних дерев, а й їхнє знищення або пошкодження. У ст. 260 КК РФ пошкодження дерев і чагарників, а так само ліан до стану припинення росту поряд із порубкою виділено як самостійна (альтернативна) форма об'єктивної сторони. З приводу доречності такого законодавчого кроку в юридичній літературі можна прочитати, що пошкоджені рослини, припиняючи свій ріст, «випадають» з екологічної системи, позбавляються економічного значення і в переважній більшості випадків приречені на загибель [15, с. 109; 62, с. 561].

Задля справедливості відзначимо існування й іншої точки зору, яка полягає в тому, що альтернативна законодавча вказівка на пошкодження дерев, чагарників і ліан до стану припинення росту є «надмірністю» кримінально-правової заборони, оскільки таке пошкодження, будучи фактично замахом на незаконну порубку деревостанів, на практиці не зустрічається [12, с. 7, 8]. Погодитись із тезою про відсутність таких фактів складно, зокрема, через те, що пошкодження дерев до стану припинення росту нерідко є наслідком технологічного процесу незаконної порубки: «... при вчиненні незаконних лісозаготівель «чорні лісоруби» не турбуються про збереження сусідніх дерев на ділянці, тому під час завалювання дерев часто пошкоджують прилеглі насадження. Трапляються також випадки, коли злочинці під час трелювання хлистами пошкоджують молоді дерева» [29, с. 19–20]. Крім того, мотиви вчинення зазначених дій можуть бути хуліганськими: «Наприклад, без отримання лісорубного квитка особи обдирають кору сиростучої липи або порушники кільцюють дерева на корені, усвідомлюючи, що після таких дій рослини всохнуть» [10].

При вирішенні розглядуваного питання слід, крім усього іншого, враховувати існуючий на сьогодні дисбаланс між підходами до адміністративно-правової та кримінально-правової охорони лісу. Так, незаконна порубка дерев і чагарників є діянням подвійної протиправності, адже залежно від обставин тягне за законом як адміністративну, так і кримінальну відповідальність. Натомість знищення або пошкодження лісових культур, молодняка і підросту має своїм наслідком лише адміністративну відповідальність. Вчинення аналогічних дій, якщо вони завдали істотної шкоди, або здійснені на території особливо охоронюваних лісів, зазвичай не тягне кримінальної відповідальності (виняток становлять діяння, які мають ознаки складу злочину, передбаченого ст. 245 КК).

Порушення порядку заготівлі деревини, яке безпосередньо не полягає в незаконній порубці лісу (наприклад, залишення на лісосіках пнів вище встановленого розміру, захаращування місць вирубки відходами, невивезення з лісосіки деревини у встановлений строк або залишення її в місцях рубок, залишення недорубів або зрубаних дерев у завислому стані, ведення рубок способами, які викликають ерозію ґрунту), тягне за собою не кримінальну, а адміністративну відповідальність (ст. 64 КУпАП).

8. Диспозиція ст. 246 КК не конкретизує спосіб порубки лісу, а також знаряддя, час і місце її здійснення. Хоч такі ознаки не впливають на кваліфікацію посягання, вони сприяють більш точній характеристиці об'єктивної сторони, визначенню ступеня суспільної небезпеки вчиненого та (в деяких випадках) правильного встановленню розміру шкоди, заподіяної незаконною порубкою. Наприклад, проведення незаконної порубки лісу із застосуванням хімічних або технічних засобів, підпалу (випалювання коренів дерева) або вибуху є більш суспільно небезпечним, ніж спилування або порубка деревостанів. Так, лісопорушник, незаконно спиливши в лісі дерева, може причепити їх до трактора для транспортування і потягнути до дороги, при цьому гусениці трактора і деревостани можуть зламати велику кількість інших деревостанів і чагарників. Таким чином, знищуються не тільки спилані дерева, а і рослинність навколо, ціла лісова ділянка стає непридатною [2, с. 100].

Вважаємо, що використання транспортних засобів для незаконної порубки дерев та чагарників, якщо воно спричинило значно більшу або додаткову шкоду, має враховуватись судом при індивідуалізації кримінальної відповідальності. На сьогодні (за умов продемонстрованої вище розмитості змісту істотної шкоди) використання таких засобів може, серед іншого, покладатись в основу обґрунтування істотності заподіяної шкоди.

На відміну від ст. 246 КК, у ст. 248 КК «Незаконне полювання» передбачено таку кваліфікуючу ознаку, як використання транспортних засобів. Деякі правники наполягають на доповненні кримінально-правової норми про незаконну порубку лісу подібною кваліфікуючою ознакою, аргументуючи це тим, що велика кількість випадків незаконної порубки лісу поєднується з використанням спеціальної лісозаготівельної техніки. Вчинення злочину в цьому разі заподіює шкоду всій екологічній системі лісової ділянки і свідчить про підвищену суспільну небезпеку скоєного [12, с. 9, 21; 56, с. 10, 101–102].

Видається, однак, що вплив використання транспортних засобів на суспільну небезпеку незаконної порубки лісу не варто перебільшувати. В одних випадках використання транспортних засобів може підвищувати

суспільну небезпеку аналізованого злочину (коли внаслідок використання таких засобів пошкоджуються або знищуються рослинність, чагарники, дерева тощо). В інших випадках, коли особа використовує транспортний засіб лише для прибуття до місця незаконної порубки лісу чи для перевезення зрублених деревостанів, ступінь суспільної небезпеки вчиненого залишається незмінним. Аналогічний підхід, до речі, застосовується при тлумаченні відповідної кваліфікуючої ознаки складу злочину, передбаченого ст. 248 КК. Так, полювання з використанням транспортних засобів передбачає, що транспортний засіб застосовується безпосередньо для вистежування, переслідування і добування звірів і птахів (а не для вивезення браконьєрів на місце полювання чи перевезення незаконного здобутого).

Можна спрогнозувати, що в разі реалізації згаданої ідеї, спрямованої на вдосконалення статті КК про відповідальність за незаконну порубку лісу, суди кваліфікуватимуть цей злочин, вчинений з використанням транспортних засобів, у всіх випадках їхнього використання, не дивлячись на характер спричиненої ними шкоди. Це призведе до порушення базових принципів кримінального права. Зрозуміло, однак, що цього можна уникнути, якщо здійснювати виважене тлумачення вдосконаленого відповідним чином кримінального закону.

9. Нерідко незаконна порубка лісу стається внаслідок злочинних діянь службових осіб, котрі не лише не зберігають лісовий фонд, а, навпаки, – самі займаються його кримінально караною порубкою. Йдеться про службових осіб органів управління лісами та лісової охорони, а також службових осіб юридичних осіб – лісокористувачів.

Так, на Вінниччині викрито злочинну групу в складі лісничого одного з лісгосподарських підприємств області і двох місцевих жителів, які протягом півроку незаконно зрубали понад 1,8 тис. дерев. Продавши їх, злочинці заробили більше 1,3 млн. грн. [63] Помічник лісничого одного з лісгосподарських підприємств Львівщини неналежно склав документи щодо проведення суцільної санітарної рубки, в результаті чого під рубку було відведено більш якісну ділянку і заподіяно шкоду в розмірі 260 тис. грн. [64].

Випадки незаконної порубки лісу, вчиненої службовою особою (наприклад, керівником лісгосподарського підприємства, працівником лісової охорони) з використанням свого службового становища, повинні одержувати юридичну оцінку за сукупністю злочинів – за ст. 246 і (за наявності до цього підстав) нормою КК про відповідний злочин у сфері службової діяльності (зокрема, статті 364, 364-1 КК). При цьому службова особа може виконувати роль не лише виконавця (співвиконавця), а й організатора, пособника чи підбурювача, що має бути відповідним чином відображено при кваліфікації. Тут вважаємо за доречне пригадати сформульоване В.М. Кудрявцевим правило, згідно з яким відсутня ідеальна сукупність злочинів у тому випадку, коли дії винного спричиняють шкоду об'єктам, які знаходяться між собою у відносинах підлеглості або один з об'єктів є частиною іншого [65, с. 248–249]. Основні безпосередні об'єкти незаконної порубки лісу та зловживання службовим становищем (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права) не перебувають між собою у взаємозв'язку, вказаному В.М. Кудрявцевим, і жоден з них немає підстав розглядати як більш повний порівняно з іншим. При цьому, як зазначає М.Й. Коржанський, якщо вчинене є посяганням на різні безпосередні об'єкти кримінально-правової охорони, то його треба кваліфікувати за сукупністю злочинів [66, с. 55].

Зловживання службовою особою, відповідальною за охорону чи забезпечення раціонального використання лісового фонду, наданими їй повноваженнями чи недбале ставлення до них, що призвело до незаконної порубки лісу, за наявності до цього підстав слід кваліфікувати як той чи інший злочин у сфері службової діяльності (без інкримінування ст. 246 КК). Наприклад, маючи право видавати дозволи на вирубку лісу, що займає територію, відведену на законних підставах під порубку, службова особа здійснює це своє повноваження, порушуючи порядок видачі лісорубних документів.

Зроблені нами вище щодо норм КК про службові злочини застереження «за наявності до цього підстав» зумовлені, зокрема, необхідністю врахування положень Закону України від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції», на підставі якого: з КК виключено ст. 365-1 КК «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми»; сферу застосування ст. 365 КК обмежено випадками перевищення влади або службових повноважень працівниками правоохоронних органів; у диспозиції ч. 1 ст. 364 КК слова «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб» замінено словами «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи».

В юридичній літературі питання, чи відбулася внаслідок останньої з вказаних законодавчих змін часткова декриміналізація зловживання владою або службовим становищем, вирішується суперечливо. Вважаємо, що на це питання варто давати ствердну відповідь: використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, вчинене в інтересах, відмінних від мети одержання неправомірної вигоди, не утворює складу злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 364 КК, навіть за умови настання істотної шкоди чи тяжких наслідків.

Оцінка доречності такої законодавчої новели виходить за межі проблематики нашої статті, у зв'язку з чим обмежимося тут викладенням фрагменту з відгуку офіційного опонента М.І. Мельника на кандидатську дисертацію В.Я. Громка «Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України». М.І. Мельник пише про необґрунтоване звуження в цьому разі рамок кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 364 КК, про виникнення конкуренції норм, передбачених статтями 364 та 368 КК, яка породжує складність кваліфікації вчиненого службовою особою і створює додаткові перешкоди в ефективному реагуванні кримінально-правовими засобами на службові зловживання. Як наслідок, робиться висновок про те, що чинна редакція статті 364 КК потребує радикальних, а не косметичних змін.

Можемо констатувати, що в судовій практиці роль службової особи в незаконній порубці лісу не завжди дістає належну кримінально-правову оцінку.

Так, згідно з вироком Великоберезнянського районного суду Закарпатської області від 26 квітня 2012 р. особа, будучи працівником державної лісової охорони, засуджена за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК. Як установив суд, ця особа була співробітником правоохоронного органу, до кола обов'язків якого входило здійснення охорони лісу і довіреного майна на території ПЗФ Ужанського НПП. Зловживаючи службовим становищем, діючи умисно, з корисливих мотивів та у супереч інтересам служби, засуджений у серпні та жовтні 2011 р. надав дозвіл жителям С. Стричава заготовляти дрова, внаслідок чого заподіяв істотну шкоду лісництву на загальну суму 54165 грн. Під час валки дерева загинула людина в результаті падіння на неї дерева. Відповідно до неспростованих судом показань особи, визнаної винуватою у вчиненні злочину, вона також надала іншим особам дозвіл на заготівлю дров в урочищі «Верхні Лужки». При цьому всі вони разом поїхали до урочища, де зрізали дерево породи «бук» [67].

Як бачимо, суд залишив без належної кримінально-правової оцінки участь засудженого в незаконній порубці лісу іншими особами. Хоч, з огляду на викладені обставини, крім службового зловживання, кваліфікованого за ч. 2 ст. 364 КК, дії зазначеної особи мали б отримати оцінку як співучасті у незаконній порубці лісу (вид співучасті через брак фактичних даних установити проблематично).

У судовій практиці мають місце і зворотні ситуації, коли дії службової особи кваліфікуються як незаконна порубка лісу, але водночас виключається кваліфікація за статтями КК про службові злочини, хоч для інкримінування останніх підстави вбачаються.

Так, Іванківський районний суд Київської області встановив, що особа, перебуваючи на посаді головного інженера відділення лісового господарства «Чорнобильська Пуща» та виконуючи обов'язки директора цього відділення лісового господарства, прибула на територію Луб'янського лісництва ВЛГ «Чорнобильська Пуща» ДСП «Чорнобильський спецкомбінат», де на підставі лісорубного квитка проводилася суцільна санітарна рубка дерев. Ця службова особа, завідомо знаючи про те, що лісорубний квиток на вирубку дерев на території 425-го лісового кварталу Луб'янського лісництва не видавався, дала усну вказівку оператору лісозаготівельної спецтехніки ТОВ «Карпат Вуд» на здійснення порубки дерев на території першого виділу 425-го лісового кварталу Лубенського лісництва та, використовуючи авторитет своєї посади, заперила останнього про наявність всіх відповідних дозвільних документів на здійснення рубки дерев на території кварталу. Незважаючи на встановлений судом факт використання службового становища, дії головного інженера одержали кваліфікацію лише за ст. 246 КК [68].

З погляду кваліфікації пов'язаних із незаконною порубкою лісу зловживань уповноважених службових осіб викликає інтерес вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 6 травня 2011 р., на підставі якого майстра лісу Людвигівського лісництва державного підприємства «Вигодське лісове господарство» засуджено за ч. 5 ст. 27, ст. 246 і ч. 3 ст. 191 КК. Ця службова особа, як зазначається у вироку, зловживаючи службовим становищем, незаконно, без оформлення відповідних документів надала своєму знайомому дозвіл на рубку дерев у ввіреному їй обході, чим сприяла вчиненню незаконної порубки дерев. Знайомий, користуючись таким дозволом та усвідомлюючи його неправомірний характер, у період з 22 по 24 січня 2011 р. здійснив незаконну порубку 18 дерев породи «ялина» загальною кубомасою 4, 2 куб. м, за що був засуджений за ст. 246 КК [69].

З приводу кваліфікації дій згаданої службової особи хотіли б висловити такі міркування. З неспростованих у вироку показань засуджених випливає, що майстер лісу дозволив своєму знайомому здійснити в урочищі «Йозифсталь» заготівлю вітроломної деревини. Ця особа, побачивши вже в лісі, що вітровальні дерева є гнилими, самостійно вирішив зрубати кілька сиророслих дерев. За таких обставин інкримінування ч. 5 ст. 27, ст. 246 КК службовій особі, у поведінці якої вбачається так зване необережне пособництво, вважаємо безпідставним (через відсутність всіх необхідних суб'єктивних ознак співучасті в злочині). Правильність кваліфікації аналізованих дій службової особи як розтрати майна, вчиненої службовою особою шляхом зловживання службовим становищем, також викликає сумнів – як через відсутність у цьому разі об'єктивної і суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 191 КК (і, тим більше, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, як про це зазначив у вироку суд), так і в зв'язку з неоднозначністю питання про віднесення дерев на корені (пні) до майна.

Тут доречно буде зазначити, що, оцінюючи кваліфікацію за ст. 197 КК діянь лісника одного з лісгосподарських господарств Закарпатської області, визнаного винуватим у неналежному виконанні своїх обов'язків з охорони лісу, внаслідок чого в закріпленому за ним обході невстановлені особи самовільно зрубали дерева, М.І. Панов і П.В. Олійник звернули увагу на те, що об'єктом злочину, передбаченого ст. 197 КК, є відносини власності, а предметом – чуже майно. У розглядуваному ж випадку ліс, зокрема, дерева на корені, які було доручено охороняти ліснику, є природними об'єктами в їхньому природному стані; відповідно, вони не входять до складу відносин власності, охоронюваних за допомогою ст. 197 КК [70, с. 91–92]. Сказане, як видається, є підстави екстраполювати і на ст. 191 КК. Отже, дії майстра лісу Людвиківського лісництва державного підприємства «Вигодське лісове господарство», на нашу думку, мали б кваліфікуватись як відповідний злочин у сфері службової діяльності.

Разом з тим відзначимо, що питання про віднесення тих чи інших осіб, які здійснюють свою діяльність у сфері лісокористування або лісоуправління, до категорії службових осіб є дискусійним. Зокрема, Р.Л. Максимович, який докладно досліджував цю проблему, вважає, що лісників і лісничих за ознакою здійснення ними функцій представника влади слід визнавати службовими особами [71, с. 256–265]. Проте судовій практиці відомі випадки, коли лісник не визнавався службовою особою.

Так, особа обвинувачувалась у тому, що вона, працюючи на посаді лісника комунального підприємства «Дертка», маючи доступ до ввіреної їй під охорону ділянки лісу і будучи відповідальною за збереження лісових насаджень ввіреного обходу та їхню охорону, діючи з корисливих мотивів, вчинила незаконну порубку 137 дерев породи «сосна», чим заподіяла істотну шкоду лісовому господарству. Орган досудового слідства дії цієї особи кваліфікував за ст. 246 КК, а також за ч. 3 ст. 365 КК – як перевищення службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки охоронюваним законом державним та громадським інтересам. У вирокі від 26 жовтня 2012 р. Ізяславський районний суд Хмельницької області зробив висновок про те, що правовий статус лісника як службової особи був визначений помилково, оскільки ця особа не була наділена організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями. Згідно з посадовою інструкцією лісника на нього покладалось здійснення виробничих функцій, а відповідно до договору про повну матеріальну відповідальність особа була зобов'язана охороняти ввірене їй майно – ліс із правом збереження та відпуском лісопродукції. Особа, дії якої кваліфіковані за ст. 365 КК, не була уповноважена управляти чи розпоряджатися зазначеним майном. З огляду на те, що ліснику не надано права складати документи, які мають правовий характер, тобто приймати рішення, обов'язкові до виконання фізичними чи юридичними особами, він не може вважатись службовою особою. На переконання суду, посада лісника не включена до переліку посадових осіб державної лісової охорони згідно з Положенням про державну лісову охорону, затвердженого постановою КМУ від 16 вересня 2009 року № 976, що також підтверджує висновок про помилкове віднесення лісника до категорії службових осіб [72].

Зрозуміло, що відсутність однакового підходу до вирішення питання про визнання лісника службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття, яка спостерігається в судовій практиці навіть на рівні рішень ВСУ [73], є украй небажаною.

Свого часу ми висловились за включення в ст. 246 КК кваліфікуючої ознаки «з використанням службового становища» і, відповідно, встановлення за цей кваліфікований різновид незаконної порубки лісу більш суворого покарання [25, с. 461]. Про потребу посилення кримінальної відповідальності за пов'язані з незаконною порубкою лісу зловживання посадових осіб, які забезпечують управління лісовим господарством України і при цьому використовують на шкоду потребам лісового господарства своє службове становище, ведуть мову і інші дослідники [1, с. 11, 15; 2, с. 124, 138]. Докладно відповідна проблема вдосконалення КК нами вже висвітлювалась – стосовно відповідальності за незаконне видобування корисних копалин [74, с. 228–234], у зв'язку з чим обмежимось такими міркуваннями.

Крім того, що існують підстави для віднесення розглядуваної обставини до числа кваліфікуючих ознак незаконної порубки лісу, втілення в життя розглядуваної пропозиції здатне усунути продемонстровану та існуючу наразі на практиці неоднозначність щодо кваліфікації відповідних злочинних посягань. На користь згаданої пропозиції вказує і вельми дискусійне звуження сфери застосування кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 364 КК, а так само звуження сфери застосування ст. 365 КК, не кажучи вже про проблему встановлення змісту істотної шкоди і тяжких наслідків як ознаки об'єктивної сторони складів деяких службових злочинів. При цьому ми чудово усвідомлюємо притаманну нашій пропозиції фрагментарність у вирішенні вказаної кримінально-правової проблеми. Мається на увазі сформульована М.І. Хавронюком ідея уніфікованого (наскрізного) посилення кримінальної відповідальності за злочини, вчинювані шляхом службових зловживань, яка (ідея) знайшла втілення і розвиток у дисертації В.Я. Громка [75, с. 196–197].

Водночас формулювання відповідної кваліфікуючої ознаки незаконної порубки лісу («з використанням службового становища») потребує уточнення. Адже, як слушно зауважує В.Я. Громко, у подібних випадках треба брати до уваги використання законодавцем подібних, проте відмінних конструкцій – «зловживання

службовим становищем» і «зловживання повноваженнями»: перша позначає протиправні діяння «публічних» службових осіб, поняття яких закріплено в примітці ст. 364 КК, а інша – діяння, зокрема, службових осіб юридичних осіб приватного права. Це унеможливорює посилену кримінальну відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права, якщо в тій чи іншій нормі КК відповідальність пов'язується з використанням (зловживанням) службового становища [75, с. 8, 177–180, 195].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що, не дивлячись на активне застосування ст. 246 КК у судовій практиці, чинна редакція цієї кримінально-правової заборони не позбавлена серйозних вад, які породжують значні труднощі при кваліфікації незаконної порубки лісу. У зв'язку з цим законодавче описання складу вказаного злочину проти довкілля потребує вдосконалення – принаймні в частині: конкретизації істотності шкоди як криміноутворювальної ознаки і чіткого розмежування відповідних злочинних та адміністративно караних лісових правопорушень; охоплення диспозицією досліджуваної статті КК випадків пошкодження дерев і чагарників до стану припинення росту і зумовленого цим уточнення назви ст. 246 КК; розкриття безпосередньо в її тексті поняття незаконності порубки дерев і чагарників; вирішення питання про визнання (невизнання) предметом складу злочину, передбаченого ст. 246 КК, сухостійних дерев; виокремлення такого кваліфікованого складу незаконної порубки лісу, як вчинення цього злочину шляхом використання службового становища або повноважень.

До перспективних напрямів наукових досліджень у вказаній сфері можуть бути віднесені питання: поширення сфери застосування ст. 246 КК на випадки порубки дерев і чагарників, які на входять до складу лісового фонду України, і заволодіння зламаними деревостанами; подальшої диференціації кримінальної відповідальності за рахунок закріплення системи кваліфікуючих ознак незаконної порубки лісу; оптимізації санкцій ст. 246 КК.

1. Мендик Л. В. Відповідальність за порушення лісового законодавства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Л. В. Мендик. – К., 2009. – 19 с.
2. Скворцова О. В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Скворцова Ольга Володимирівна. – Сімферополь, 2007. – 218 с.
3. Моніторинговий кримінологічний аналіз окремих видів злочинів в Україні (2013–2014 роки) : наук.-пр. акт. посібник / О. М. Литвак, Р. О. Стефанчук, Н. В. Лісова та ін. – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – 254 с.
4. Вітик І. Р. До питання вирішення ситуації з незаконною вирубкою лісів в Україні / І. Р. Вітик, Ю. І. Вітик // Протидія злочинності: теорія і практика : матеріали VII Всеукраїнської науково-практичної конференції (19 жовтня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – С. 154–159.
5. Шарипова О. В. Уголовная ответственность за незаконную порубку деревьев и кустарников, уничтожение или повреждение лесов (по материалам Дальневосточного региона) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Шарипова Ольга Вениаминовна. – Омск, 2006. – 180 с.
6. Інтерактивна карта вирубки лісів – початок реальної реформи в лісовій галузі, – Тарас Кутовий [Електронний ресурс] / Урядовий портал // Офіційний веб-сайт органів виконавчої влади України. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=249449637&cat_id=244276429.
7. Незаконная вырубка лесов в Украине за первое полугодие 2016 года выросла более чем на треть, – и.о. главы Госагентства лесных ресурсов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://censor.net.ua/news/406373/nezakonnaya_vyrubka_lesov_v_ukraine_za_pervoe_polugodie_2016_goda_vyroslo_bolee_chem_na_tret_io_glavy.
8. Попревич В. Особливості положень КК 1960 р. щодо кримінальної відповідальності за лісопорушення / В. Попревич // Вісник прокуратури. – 2014. – № 3. – С. 153–161.
9. Іванова Н. Г. Запобігання злочинним посяганням на рослинний світ (за матеріалами Донецького регіону України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. Г. Іванова. – К., 2011. – 19 с.
10. Сторчоус О. Удосконалення юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства та протидія обігу незаконно добутих лісових ресурсів : рекомендації щодо внесення змін у законодавство / О. Сторчоус. – К., 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.fleg.org.ua/docs/1495>.
11. Попов І. В. Квалификация преступлений против природной среды : учеб. пособие / И. В. Попов. – Омск : Омский юридический институт, 2011. – 140 с.
12. Конфоркин И. А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / И. А. Конфоркин. – М., 2009. – 23 с.

13. Сардаров Э. Ш. К вопросу о предмете незаконной порубки деревьев и кустарников (ст. 260 УК РФ) / Э. Ш. Сардаров // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России : межвузовский сборник научных трудов. – Уфа : РИО БашГУ, 2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/ufa20033/31.htm>.
14. Сулейманов А. Л. Уголовно-правовой и криминологический анализ незаконной порубки деревьев и кустарников (по материалам Республики Дагестан) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сулейманов Ариф Летифович. – Махачкала, 2002. – 176 с.
15. Лачин А. А. Уголовно-правовая охрана лесов в законодательстве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Лачин Александр Александрович. – Рязань, 2004. – 183 с.
16. Гавриш С. Кримінальна відповідальність за незаконну порубку лісу (ст. 160 КК УРСР) / С. Гавриш // Радянське право. – 1980. – № 7. – С. 30–33.
17. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина : курс лекцій / В. О. Навроцький. – К. : Знання, 2000. – 771 с.
18. Басаев Д. В. Охрана лесов : уголовно-правовые и криминологические аспекты (по материалам Республики Бурятия) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Басаев Даниил Валерианович. – СПб., 2004. – 219 с.
19. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко та ін. / за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – 1064 с.
20. Мельник П. Кримінально-правова відповідальність за незаконну порубку лісу : окремі питання / П. Мельник // Право України. – 2001. – № 6. – С. 84–87.
21. Мельник П. В. Правова охорона лісів Карпатського регіону України : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.06 / Мельник Петро Васильович. – Івано-Франківськ, 2002. – 195 с.
22. Справа № 526/1564/16-к, розглянута Гадяцьким районним судом Полтавської області 24 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62221660>.
23. Справа № 577/3861/16-к, розглянута Конотопським міськрайонним судом Сумської області 18 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62062889>.
24. Справа № 0917/255/2012, розглянута Яремчанським міським судом Івано-Франківської області від 12 червня 2012 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24659730>.
25. Злочини проти довкілля : кримінально-правова характеристика : практ. пос. / за ред. О.О. Дудорова. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 с.
26. Марфіна Н. В. Адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Марфіна Наталя В'ячеславівна. – К., 2007. – 214 с.
27. Матвійчук В. К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища : монографія / В. К. Матвійчук. – К. : Національна академія управління, 2011. – 368 с.
28. Сулима С. Вирізання на експорт. Буковинські ліси вже не зможуть сховати партизанів / С. Сулима // Голос України. – 16 травня 2015 р. – № 85.
29. Сторчоус О. Кримінальна відповідальність за самовільні порубки лісу : навч. посіб. / О. Сторчоус. – К. : ВАІТЕ, 2012. – 161 с.
30. Шишко И. В. Экономические правонарушения : Вопросы юридической оценки и ответственности / И. В. Шишко. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 307 с.
31. Поліщук Г. С. Криминологічна характеристика та запобігання злочинам проти довкілля (за матеріалами причорноморського регіону України) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Поліщук Геннадій Сергійович. – К., 2006. – 231 с.
32. Справа № 721/786/16-к, розглянута Путильським районним судом Чернівецької області 22 вересня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61473841>.
33. Локтіонова В. В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження) : монографія / В. В. Локтіонова. – Кременчук : Видавець «ПП Щербатих», 2011. – 256 с.

34. Локтіонова В. В. Суспільно небезпечні наслідки у злочинах проти довкілля : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. В. Локтіонова. – Х., 2013. – 20 с.
35. Справа № 300/848/16-к, розглянута Воловецьким районним судом Закарпатської області 19 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62071345>.
36. Справа № 338/1043/16-к, розглянута Богородчанським районним судом Івано-Франківської області 12 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62026087>.
37. Справа № 588/1144/16-к, розглянута Тростянецьким районним судом Сумської області 7 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61874867>.
38. Справа № 163/1743/13-к, розглянута Любомльським районним судом Волинської області 27 листопада 2013 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35714596>.
39. Справа № 0304/692/12, розглянута Апеляційним судом Волинської області 3 липня 2012 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25004446>.
40. Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів : монографія / Л. П. Брич. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.
41. Гритенко О. А. Незаконна вирубка лісу за кримінальним законодавством України : проблемні питання / О. А. Гритенко, П. М. Пацамай // Протидія злочинності в Україні : кримінально-правові та кримінологічні аспекти : матер. Всеукр. наук.-практ. семінару (м. Миколаїв, 26 травн. 2016 р.). – Миколаїв : Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. – С. 39–42.
42. Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні : проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства / С. Б. Гавриш. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. – 634 с.
43. Правова система України : історія, стан та перспективи: У 5 т. Т. 5 : Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – Х. : Право, 2008. – 840 с.
44. Справа № 157/930/16-п, розглянута Камінь-Каширським районним судом Волинської області 28 вересня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61644705>.
45. Глотова О. В. Особливості юридичної відповідальності за порушення законодавства про охорону лісів / О. В. Глотова // Актуальні проблеми держави і права. – 2005. – Вип. № 26. – С. 232–237.
46. Мельник П. В. Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти довкілля / П. В. Мельник // Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини : тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. – К. : Видавничий дім «АртЕк», 2016. – С. 91–95.
47. Банальна заготівля дров виявляє глибину кризи в заповідній справі // Голос України. – 2 грудня 2016 р. – № 230.
48. Справа № 347/430/15-к, розглянута Косівським районним судом Івано-Франківської області 27 лютого 2015 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43319029>.
49. Дудоров О. Малозначність діяння : проблеми застосування та вдосконалення кримінального закону / О. Дудоров, Є. Письменський // Юридичний вісник України. – 19 – 25 лютого 2016 р. – № 7; 26 лютого – 3 березня 2016 р. – № 8.
50. Справа № 298/1102/16-к, розглянута Великоберезнянським районним судом Закарпатської області 25 жовтня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62263871>.
51. Фалилеев В. А. Законодательный и правоприменительный подходы в сфере борьбы с экологическими преступлениями : в поисках гармонии / В. А. Фалилеев // Преступность, уголовная политика, уголовный закон: сб. науч. тр. / под ред. Н.А. Лопашенко; Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции. – Саратов : Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2013. – С. 430–432.

52. Фалилеев В. А. Незаконная рубка и кража древесины : возможна ли совокупность преступлений? / В. А. Фалилеев [Електронний ресурс]. – Режим доступу: web-local.rudn.ru/web-local/prep/rj/files.php?f=pf.
53. Марець Б. М. Сукупність злочинів при незаконній порубці лісу та крадіжці деревини / Б. М. Марець // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 4. – С. 187–189.
54. Дудоров О. Відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності / О. Дудоров, М. Комарницький // Вісник Національної академії прокуратури. – 2014. – № 3. – С. 61–70.
55. Зубкова В. Проблемы применения законодательства о незаконной порубке лесных насаждений по УК РФ / В. Зубкова, Н. Соколов // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 50–54.
56. Соколов Н. А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Соколов Николай Александрович. – Вологда, 2007. – 190 с.
57. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2015. – 680 с.
58. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – Т. 2 : Особлива частина. – Х. : Право, 2013. – 1040 с.
59. Сасов О. В. Кримінально-правова охорона лісу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сасов Олександр Володимирович. – К., 2002. – 211 с.
60. Справа № 601/2288/15-к, розглянута Кременецьким районним судом Тернопільської області 7 квітня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57058396>.
61. Мельник П. В. Кримінально-правова охорона лісів (порівняльна характеристика України, Російської Федерації і Республіки Білорусь) / П. В. Мельник // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 191–193.
62. Курс уголовного права. Особенная часть. Том 4. Учебник для вузов / под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2002. – 672 с.
63. «33-й канал» // 17 липня 2013 р. – № 30.
64. Зозулінський Т. Викрадачі лісу / Т. Зозулінський // Юридичний вісник України. – 11 – 24 травня 2013 р. – № 19–20.
65. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. – М. : Юрист, 1999. – 304 с.
66. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів : навчальний посібник / М. Й. Коржанський. – Вид. 3-тє, доповн. та переробл. – К. : Атіка, 2007. – 416 с.
67. Справа № 702/32/12, розглянута Великоберезнянським районним судом Закарпатської області 26 квітня 2012 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23859234>.
68. Справа № 366/466/16-к, розглянута Іванківським районним судом Київської області 25 березня 2016 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58077418>.
69. Справа № 1-75/11, розглянута Долинським районним судом Івано-Франківської області 6 травня 2011 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46004866>.
70. Панов М. Спірні питання відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля / М. Панов, П. Олійник // Юридична Україна. – 2013. – № 2. – С. 88–93.
71. Максимович Р. Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України : монографія / Р. Л. Максимович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.
72. Справа 2207/1111/2012, розглянута Ізяславським районним судом Хмельницької області 26 жовтня 2012 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50443980>.
73. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 травня 2004 р. (витяг) [Електронний ресурс] // Верховний Суд України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/CDAA27ED4C03865AC2256F0B00579811?OpenDocument>.

74. Дудоров О. О. Кримінальна відповідальність за незаконне видобування корисних копалин в Україні : монографія / О. О. Дудоров, М. В. Комарницький, Д. О. Калмиков / за ред. О. О. Дудорова, В. М. Комарницького. – Суми : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2016. – 567 с.
75. Громко В. Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Громко Володимир Ярославович. – Львів, 2015. – 224 с.

ДОКТРИНАЛЬНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗАВОЛОДІННЯ ҐРУНТОВИМ ПОКРИВОМ (ПОВЕРХНЕВИМ ШАРОМ) ЗЕМЕЛЬ¹

Земельний фонд нашої держави вважається одним із найкращих у світі. Так, приблизно 44% території України (близько 6% світових запасів) займають чорноземи – ґрунти, які при правильній обробці дають найбільший врожай сільськогосподарських культур. Масштабне злочинне вивезення чорноземів німецькими загарбниками з Полтавської, Київської, Кіровоградської областей під час Другої світової війни слугує яскравим історичним підтвердженням сказаного. Ч. 1 ст. 14 Конституції України закономірно проголошує землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Нового рівня стан кримінально-правової охорони земельних відносин у сфері охорони ґрунтів досяг із набранням чинності Законом України від 15 листопада 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» (далі – Закон від 15 листопада 2009 р.), яким, серед іншого, Кримінальний кодекс України (далі – КК) збагатився двома новими нормами – ст. 239-1 «Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель» і ст. 239-2 «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах». Утім, якість цих кримінально-правових заборон, як показало життя, виявилась низькою, що актуалізує проведення наукових досліджень, покликаних з'ясувати волю законодавця, незграбно втілену в текст вказаних статей КК, і сформулювати рекомендації щодо їх застосування і вдосконалення.

Перше прикладне питання, що постає перед дослідником, який береться здійснювати доктринальне тлумачення статей 239-1 і 239-2 КК, – з'ясування предмета передбачених цими статтями злочинів, позначених за допомогою зворотів «ґрунтовий покрив (поверхневий шар) земель» і «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду», відповідно. Фактично у ст. 239-2 КК йдеться про різновид дій, заборонених ст. 239-1 КК, але не ст. 197-1 КК. Чому варто робити таке застереження? Річ у тім, що вказівка в назві ст. 239-2 КК на незаконне заволодіння землями водного фонду (поняття таких земель є ширшим за поняття поверхневого шару земель) може призвести до неправильного розуміння суті передбаченого цією статтею КК злочину і хибного висновку про те, що тут йдеться про різновид самовільного зайняття земельної ділянки – ділянки водного фонду. Насправді, як це випливає зі змісту диспозиції ч. 1 ст. 239-2 КК, у ній говориться про незаконні дії стосовно не земельної ділянки водного фонду, а поверхневого шару земель водного фонду. Зауважу і те, що доцільність виокремлення (як спеціальної щодо ст. 239-1 КК норми) ст. 239-2 КК в її теперішньому вигляді є сумнівною. Навіть якщо законодавець вважає незаконне заволодіння поверхневим покривом земель саме водного фонду більш суспільно небезпечним посяганням порівняно з аналогічними діями стосовно земель інших категорій, достатнім було б визнання незаконного заволодіння поверхневим покривом земель водного фонду кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 239-1 КК.

Відомо, що землі за основним цільовим призначенням поділяються на землі різного призначення, включаючи землі водного фонду (ст. 19 Земельного кодексу України; далі – ЗК), і ця обставина дозволяє загалом безпроблемно здійснювати розмежування складів злочинів, передбачених статтями 239-1 і 239-2 КК, за предметом. Водночас треба звернути увагу на те, що згідно зі ст. 94 Водного фонду України водні об'єкти у встановленому порядку можуть бути віднесені до територій та об'єктів природно-заповідного фонду. У цьому разі відповідні ділянки суші і водного простору визнаються землями не водного фонду (глава 12 ЗК), а природно-заповідного фонду (глава 7 ЗК), у зв'язку з чим незаконне заволодіння поверхневим шаром таких земельних ділянок має кваліфікуватись не за ст. 239-2, а за загальною нормою – ст. 239-1 КК.

Одночасне використання в ст. 239-1 КК таких термінологічних зворотів, як «ґрунтовий покрив» і «поверхневий шар», не дає змоги з цілковитою впевненістю визнавати предметом досліджуваного злочину ні перше, ні друге поняття. Вирішуючи це питання, я особисто виходжу з того, що, крім ґрунту, поверхневий шар землі може складатись з піску, глини, щебіню, монолітного каміння тощо. Поверхня землі, яка відповідає ознакам земельної ділянки, не перестає бути такою з тієї лише причини, що на ній відсутній ґрунт. Тому, до речі, в законодавчому визначенні поняття земельної ділянки (ч. 1 ст. 79 ЗК) відсутня вказівка на наявність ґрунту. Таким чином, немає підстав ототожнювати ґрунтовий покрив і поверхневий шар земель, а так само вважати, що поняття «ґрунтовий покрив» і «поверхневий шар» відображають один і той самий природний ресурс. Тому використання цих понять у ст. 239-1 КК як синонімічних є некоректним. Це саме стосується ч. 2 ст. 79 ЗК, де говориться про те, право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар. Звідси випливає рівнозначність (тотожність) понять поверхневого та ґрунтового шарів землі, що насправді не відповідає дійсності. Так, у більшості випадків особи, які незаконно знімають поверхневий шар земельних ділянок, мають намір у подальшому використати таку його властивість, як родючість. Проте, використання в тексті ст. 239-1 КК лише термінологічного звороту «ґрунтовий покрив землі» залишило б поза дією

¹ Стаття підготовлена для збірки матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції «Науковий потенціал та перспективи розвитку юридичної науки» (м. Запоріжжя, 17–18 березня 2017 р.).

цієї кримінально-правової заборони випадки незаконного зняття поверхневого шару земель, позбавленого властивості родючості, при тому, що і такі випадки заподіюють школу довікллю. Тому вчинення розгляданого злочину може мати місце, зокрема, на територіях пустель і напівпустель. Наприклад, в Олешківській пустелі, що на Херсонщині, кар'єрним способом у масових обсягах видобувається пісок, що призводить до негативних наслідків для довілля.

Подібним чином має вирішуватись питання про предмет злочину, передбаченого ст. 239-2 КК, у чинній редакції якої звороти «поверхневий шар» і «ґрунтовий шар» помилково визнаються тотожними, хоч мали б розглядатись як родові і видові поняття. Адже не весь поверхневий шар земель водного фонду є ґрунтовим. Наприклад, на території України є водойми, дно яких складається з суцільного каменю. З урахуванням багатоманітності функцій, виконуваних землями водного фонду, предметом злочину, передбаченого ст. 239-2 КК, слід визнавати будь-який поверхневий шар земель водного фонду, а не лише той, який наділений властивістю родючості. Адже цінність поверхневого шару земель водного фонду (на відміну, наприклад, від земель сільськогосподарського призначення) полягає не тільки і не стільки в його родючості, скільки в інших властивостях. Відповідно до Класифікації видів цільового призначення земель, затвердженого наказом Держкомзему України від 23 липня 2010 р. № 548, землі водного фонду призначені для: 1) експлуатації та догляду за водними об'єктами; 2) облаштування та догляду за прибережними захисними смугами; 3) експлуатації та догляду за смугами відведення; 4) експлуатації та догляду за гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами і каналами; 5) догляду за береговими смугами водних шляхів; 6) сінокошіння; 7) рибогосподарських потреб; 8) культурно-оздоровчих потреб, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей; 9) проведення науково-дослідних робіт; 10) будівництва та експлуатації гідротехнічних, гідрометричних та лінійних споруд; 11) будівництва та експлуатації санаторіїв та інших лікувально-оздоровчих закладів у межах прибережних захисних смуг морів, морських заток і лиманів. Як бачимо, родючість пов'язана лише з однією (сінокошіння) з 11 функцій, виконуваних землями водного фонду. Отже, в удосконаленій ст. 239-2 КК мова повинна йти про певні дії щодо поверхневого, а не ґрунтового шару земель водного фонду.

Не менш серйозні проблеми виникають при встановленні ознак об'єктивної сторони і суб'єкта злочинного заволодіння поверхневим шаром земель. Так, об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 239-1 КК, полягає в незаконному заволодінні поверхневим шаром (зокрема, ґрунтовим покривом) земель при тому, що в ст. 168 ЗК, на положення якої (з урахуванням бланкетного характеру диспозиції аналізованої кримінально-правової норми) мав би опиратися законодавець, йдеться про зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу.

Вважаю, що заволодінням поверхневим шаром земель слід визнавати зняття (вилучення) і переміщення такого шару незалежно від способу (таємно, відкрито, із застосуванням обману тощо) з будь-якою метою (наприклад, рекультивация, полегшення доступу до корисних копалин, підготовка будівельного майданчика, облаштування водосховища). Те, яким чином знятий з поверхні земельної ділянки шар (включаючи ґрунт), який набуває ознак рухомого майна, буде використаний надалі, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ст. 239-1 КК. У зв'язку з цим, якщо особа вчиняє дії, які полягають у користуванні або розпорядженні незаконно знятим нею покривом земельної ділянки (перенесення на іншу ділянку, у сховище, перевезення транспортним засобом, продаж тощо), то вчинене охоплюється ст. 239-1 КК і додаткової кваліфікації за нормами КК про корисливі злочини проти власності (статті 185–191) не потребує.

Щодо незаконного заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду, то в судовій практиці до нього відносять, зокрема, дії, які полягають у добуванні з дна водойм і прилеглих до них земельних ділянок піску, піщано-гравійної суміші тощо [1; 2]. З урахуванням історичного і системного тлумачення кримінального закону, а також з огляду на основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 239-2 КК, під заволодінням поверхневим шаром земель водного фонду слід розуміти також штучне створення земельної ділянки, у тому числі шляхом наміву ґрунту за допомогою земснарядів та іншої техніки (так звані гідронамиви), вчинення інших дій зі зміни рельєфу земель водного фонду (наприклад, підняття рівня ґрунту до незатоплюваних позначок з метою використання земельної ділянки для будівництва, зміна русла річки), викопування штучних водойм, влаштування гребель, дамб тощо.

У чинній редакції ст. 239-2 КК прямо не йдеться про вказані (подібні) порушення правил користування землями водного фонду при тому, що на необхідності криміналізації зазначених дій наголошувалося у законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)» (реєстр. № 3417 від 27 листопада 2008 р.), розроблення якого передувало ухваленню Закону від 15 листопада 2009 р. У поліпшеній ст. 239-2 КК відповідальність має передбачатись за порушення правил користування землями водного фонду, за що повинні нести відповідальність також власники земельних ділянок і землекористувачі. При вдосконаленні КК слід, серед іншого, враховувати, що такі, наприклад, дії, як зміна рельєфу земель природоохоронного, оздоровчого або рекреаційного призначення, є не менш суспільно небезпечними, ніж аналогічні дії стосовно земель водного фонду.

З'ясовуючи, яке заволодіння поверхневим шаром (передусім ґрунтовим покривом) земель слід визнавати незаконним, треба виходити з того, що чинна редакція ст. 239-1 КК чітко не зазначає, хто може нести відповідальність за передбачений нею злочин – тільки власник земельної ділянки (землекористувач), лише та особа, яке не є власником (користувачем) земельної ділянки, з якої знімається поверхневий шар, або обидві вказані категорії осіб. Від того чи іншого вирішення цього питання залежить, чи є підстави під незаконним заволодінням ґрунтовим покривом земельних ділянок розуміти зняття та перенесення такого покриву без спеціального дозволу або за його наявності, але з порушенням існуючого порядку. Адже згідно з чинним законодавством (мається на увазі згадана вище ст. 168 ЗК і Порядок видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок, затверджений наказом Держкомзему України від 4 січня 2005 р. № 1) дозвіл на зняття та перенесення ґрунтового покриву може отримати лише власник земельної ділянки або землекористувач.

Засудивши за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239-1 КК, особу, яка реалізуючи єдиний злочинний намір, декілька разів здійснювала викопування родючого шару ґрунту із земельної ділянки, розташованої біля кар'єру ПАТ «Центральний гірничо-збагачувальний комбінат», і подальше транспортування за допомогою автомобіля знятого ґрунтового покриву, Жовтневий районний суд м. Кривого Рогу Дніпропетровської області у вирокі для обґрунтування положення про відсутність у засудженого спеціального дозволу на зняття, збереження, перенесення та використання ґрунтового покриву земель послався на ч. 2 ст. 168 ЗК і Порядок видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок [3]. Посилання на вказані нормативні акти вважаю недоречним, оскільки ними передбачено отримання дозволу на зняття та перенесення ґрунтового покриву лише власниками земельних ділянок і землекористувачами. Такого правового статусу засуджених не мав.

Буквальне тлумачення кримінального закону дозволяє визнавати суб'єктом злочину, передбаченого ст. 239-1 КК, того, для кого земельна ділянка, з якої знімається поверхневий шар, є чужою, а логічне тлумачення (урахування місця досліджуваної заборони в системі Особливої частини КК) – також власника відповідної земельної ділянки і землекористувача. На відміну від КК, у КУпАП чітко розмежовано поняття «зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу» (ст. 53-3) і «незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель» (ст. 53-4). Вважати, що ст. 53-4 КУпАП розрахована на випадки привласнення ґрунтового покриву земельних ділянок власниками (землекористувачами), які перед цим незаконно зняли та перенесли ґрунтовий покрив земельних ділянок, немає підстав, оскільки саме по собі зняття та перенесення ґрунтового покриву земельної ділянки на іншу земельну ділянку, тобто діяння, яке за певних умов охоплюється диспозицією ст. 53-3 КУпАП, є реалізацією повноваження на розпорядження ґрунтовим покривом земельної ділянки.

Таким чином, завдяки системному тлумаченню норм адміністративного та кримінального законодавства про відповідальність за порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, історичному тлумаченню КК (мається на увазі опрацювання законопроектів і супровідних щодо них матеріалів, розроблення яких передувало ухваленню Закону 15 листопада 2009 р.), з огляду на притаманну посяганням на власність етимологію терміну «заволодіння» («заволодіти» означає брати у своє володіння, привласнювати, опановувати, охоплювати що-небудь), а також на правило кваліфікації конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується» роблю висновок про те, що за незаконне заволодіння поверхневим шаром (у тому числі ґрунтовим покривом) земель за ст. 239-1 КК можуть відповідати лише ті особи, яким відповідна земельна ділянка не належить на праві власності, або які не є землекористувачами. Якщо тлумачити незаконне заволодіння ґрунтовим покривом землі як зняття та перенесення ґрунтового покриву земельної ділянки без спеціального дозволу або за його наявності, але з порушенням існуючого порядку, то поза сферою застосування ст. 239-1 КК опиняться дії осіб, які незаконно знімають та переносять ґрунтовий покрив із земельних ділянок, які є для них чужими.

Отже, незаконність заволодіння поверхневим шаром земель з погляду кваліфікації за ст. 239-1 КК врешті-решт визначається відсутністю в особи, яка вчиняє таке діяння, прав на землю. Для того, щоб удосконалена ст. 239-1 КК як заборона, розміщена в розділі VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля», чіткіше наголошувала на охороні певних земельних відносин як складової навколишнього природного середовища (а не власності), треба відмовитись від термінологічного звороту «незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель», замінивши його словосполученням «незаконне зняття поверхневого шару (у тому числі ґрунтового покриву) землі». Тим більше, що переміщення ґрунтового покриву як таке є неможливим у принципі, адже після відділення ґрунтового покриву від материнської основи він перетворюється на ґрунтову масу – це знятий родючий шар ґрунту, який може бути використаний для нанесення або на земельну ділянку, з якої він був знятий (рекультивация земель), або на інші частини земної поверхні з метою відновлення чи підвищення продуктивності земельних ділянок (землювання). У випадку реалізації викладеного підходу за вчинення розглядуваного злочину зможуть нести відповідальність і власники земельних ділянок (землекористувачі), і особи, які знімають поверхневий шар із неналежних їм земельних ділянок.

Проведений розгляд окремих дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики незаконного заволодіння поверхневим шаром земель у черговий раз переконує в тому, що при вдосконаленні КК варто враховувати здобутки кримінально-правової доктрини, зокрема, шляхом більш активного залучення до експертизи законопроектів науковців, що забезпечить належне теоретичне підґрунтя для прийняття відповідних правових норм. Разом з тим навіть якісний КК ще не гарантує справедливого і виваженого правозастосування, з приводу чого В.М. Шаповал слушно зауважує, що ефективність законотворення вимірюється насамперед правозастосуванням, оскільки яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування [4].

1. Справа № 345/3361/13-к, розглянута Калуським міськрайонним судом Івано-Франківської області 21 червня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32010634>.
2. Справа № 653/3807/13-к, розглянута Генічеським районним судом Херсонської області 20 грудня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39269472>.
3. Справа № 212/7185/14-к, розглянута Жовтневим районним судом м. Кривого Рогу Дніпропетровської області 2 липня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39553200>.
4. Якість та ефективність законотворення: актуальні питання // Голос України. – 18 лютого 2017 р. – № 32.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОРУШЕНЬ ПРАВИЛ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОДНАКОВОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ¹

Транспорт є невід'ємною частиною сучасного суспільного життя, а безпека дорожнього руху – однією з глобальних проблем соціально-економічного характеру, що стоїть перед багатьма державами світу. Не є винятком і Україна, в якій аварії щорічно забирають життя понад 4 тис. осіб, а ще понад 30 тис. людей отримують травми; смертність на наших автомобільних шляхах у 2,5 рази вища порівняно з іншими європейськими країнами [1]. Найбільш розповсюдженим у сьогоднішній Україні транспортним злочином є передбачене ст. 286 Кримінального кодексу (далі – КК) порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами. Попри усталеність і традиційність кримінально-правової характеристики цього злочину його кваліфікація не позбавлена труднощів, одним із свідчень чого слугує відсутність однаковості відповідної судової практики. Неоднаковому застосуванню положень кримінального закону в частині оцінки порушень правил безпеки дорожнього руху, крім усього іншого, сприяє недосконалість і суперечливість окремих положень Правил дорожнього руху (далі – ПДР), до яких відсилає бланкетна диспозиція ст. 286 КК, а також відсутність спеціального законодавчого регулювання необережного співзаподіяння, поняттям якого, як відомо, охоплюються ситуації, коли з об'єктивної сторони між дозлочинною поведінкою співзаподіявачів і спільним для них злочинним результатом має місце причинний зв'язок (як при співучасті), але із суб'єктивної сторони ці особи (на відміну від співучасті) діють необережно. На глибину накопиченого масиву проблем вказує і практика Верховного Суду України (далі – ВСУ), який за останні роки у своїх рішеннях неодноразово звертався до питань застосування ст. 286 КК.

Метою пропонованої статті є аналіз вказаних рішень ВСУ і формулювання на цій підставі та з урахуванням здобутків кримінально-правової доктрини (праці В.М. Білоконєва, В.І. Касинюка, З.Г. Корчевої, М.Й. Коржанського, О.І. Коробєєва, Б.О. Курінова, В.В. Лук'янова, В.А. Мисливого, І.М. Тяжкової та ін.) пропозицій, спрямованих на вдосконалення правозастосовної практики. Отже, звернемось до її матеріалів.

Керуючи автобусом, Ф. порушив ПДР і допустив зіткнення з мотоциклом під керуванням П., унаслідок чого останньому були спричинені тілесні ушкодження середньої тяжкості. Ф. перед виконанням розвороту ліворуч на своїй смузі руху не зайняв крайнього лівого положення, а знаходився в положенні, за якого перед виконанням розвороту він мав пересвідчитися в безпечності свого маневру і надати перевагу в русі транспортному засобу, який рухався в попутному напрямі за ним. Однак Ф. цих вимог ПДР не виконав, що і стало причиною настання ДТП. Вироком Вишгородського районного суду Ф. був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. Вважаючи, що суд неправильно розв'язав щодо нього питання про причинний зв'язок як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 286 КК, Ф. звернувся до ВСУ із заявою про перегляд винесеної щодо нього ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ).

При цьому всі винесені судові рішення містять чітку вказівку на порушення Ф. конкретних пунктів ПДР, на тяжкість отриманих потерпілим тілесних ушкоджень, а так само констатують наявність прямого причинного зв'язку між порушенням винним ПДР і отриманням тілесних ушкоджень потерпілим. Щоправда, жодна судова інстанція не висловила з приводу особливостей встановлення причинного зв'язку, стверджуючи, що цей зв'язок є прямим. Наявність останнього викликала заперечення з боку захисту Ф. на тій підставі, що негативні для потерпілого П. наслідки настали унаслідок його неправомірної поведінки (включаючи перевищення встановленої швидкості руху), а не діяння Ф. Як показало ознайомлення з судовими рішеннями, на які посилався Ф. як на такі, що винесені у подібних кримінальних справах, за аналогічних обставин суди визнавали причиною настання суспільно небезпечних наслідків порушення, схожі з констатованими в діях водія мотоцикла П. Цікаво, що і авто-технічна експертиза, і суди визнали встановленим факт порушення потерпілим ПДР (п. 12.3), оскільки він мав можливість відвернути зіткнення з автобусом.

Даючи науковий висновок у справі щодо Ф., ми відзначили поширеність у судовій практиці випадків, коли суспільно небезпечні наслідки стають результатом спільних (проте неузгоджених між собою) дій різних учасників дорожнього руху – коли порушення правил безпеки з боку однієї особи, викликаючи порушення правил іншою особою, перебуває в причинному зв'язку із злочинним результатом. Такий причинний зв'язок носить опосередкований характер, однак і його достатньо для обґрунтування кримінальної відповідальності за злочин, караний за ст. 286 КК. В юридичній літературі вказується також на неспроможність теоретичної позиції, згідно з якою у випадку порушення правил безпеки руху транспорту кількома особами в причинному зв'язку із суспільно небезпечними наслідками, що настали, можуть знаходитись дії лише одного учасника дорожнього руху [2, с. 130–131; 3, с. 98].

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Міжнародний журнал «Право і суспільство». – Вип. 4. – Івано-Франківськ: Фоліант, 2016. – С. 52–65.

В аналізованій ситуації кожен з водіїв транспортних засобів (автобуса і мотоцикла) допустив порушення ПДР, що врешті-решт призвело до спричинення тілесних ушкоджень одному з цих водіїв. Подумки виключивши з розглядуваного ланцюга подій діяння Ф. у вигляді порушення ним ПДР, переконуємось у тому, що без цього наслідок (тілесні ушкодження П.) не настав би. Ураховуючи, що порушення ПДР з боку Ф. призвело до спричинення тілесних ушкоджень П. (породило цей наслідок), кримінальній відповідальності має підлягати лише Ф. Адже тільки в його діянні містяться всі ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. У поведінці П., якій, на нашу думку, слід було дати адміністративно-правову оцінку, немає складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, через відсутність відповідних суспільно небезпечних наслідків: шкода здоров'ю була заподіяна лише порушнику – тому, хто керував транспортним засобом, а не іншій особі.

Ф. мав рацію, коли в заяві про перегляд ухвали ВССУ вказував на неправильність твердження судів про прямий характер причинного зв'язку між порушенням ним ПДР і заподіянням шкоди здоров'ю П. Проте на остаточний висновок про те, що Ф. вчинив необережний злочин, передбачений ч. 1 ст. 286 КК, ця допущена судами неточність вплинути не могла. Адже в доктрині загальноновизнаним є той факт, що кримінально-правове значення має і опосередкований причинний зв'язок, коли в заподіяння злочинного результату втручається поведінка третіх осіб або інших зовнішніх сил.

Так, особливістю причинного зв'язку у злочинах проти безпеки руху або експлуатації транспорту визнається розповсюджена ускладненість цього зв'язку поведінкою самого потерпілого. При цьому, як слушно зазначається в літературі, у якій спеціально досліджується специфіка причинного зв'язку при вчиненні транспортних злочинів, вина потерпілого не усуває наявності причинного зв'язку; заподіяна шкода перебуває у причинному зв'язку як з порушенням правил, допущеним одним водієм транспортного засобу (тобто Ф.), так і з необачною поведінкою самого потерпілого [4, с. 288] (у нашому випадку – це П., який також порушив ПДР).

З огляду на викладене, ми не погодились із твердженням засудженого Ф. про те, що вчинене ним діяння у вигляді порушення ПДР не було причиною ДТП, оскільки не було необхідним і достатнім для настання суспільно небезпечних наслідків, передбачених ч. 1 ст. 286 КК, і безпосередньо ці наслідки не спричинило. Вказівка Ф. у цьому разі на необхідність як на характеристику причинного зв'язку є недоречною. Адже, як свідчить аналіз законодавства і судової практики, в багатьох умисних і в більшості необережних злочинів (включаючи транспортні) наслідки носять випадковий характер, тобто не є неминучим (закономірним) результатом вчиненого діяння, оскільки залежать від численних ситуативних факторів (до речі, за інформацією фахівців, нараховується 250 факторів, які породжують саме дорожньо-транспортні пригоди) [2, с. 128].

Таким чином, у випадках обопільного порушення ПДР, кожне з яких призводить до спричинення суспільно небезпечних наслідків, кримінальній відповідальності мають підлягати особи, у діяннях яких вбачаються всі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 286 КК (такою особою в розглянутій вище ситуації є Ф.). Інші учасники дорожнього руху за наявності підстав повинні притягуватись до адміністративної або цивільної відповідальності. У науці кримінального права викладений підхід не є новим [5, с. 21–22; 6, с. 20; 7, с. 131–132].

Судова палата у кримінальних справах ВСУ постановою від 24 січня 2013 р. відмовила в задоволенні заяви засудженого Ф. про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ щодо нього, але з міркувань, відмінних від наведених вище. Мотивуючи свою позицію, ВСУ зазначив, що в судових рішеннях, наданих для порівняння, встановлено, що винні під час керування транспортними засобами, рухаючись попереду, не займали на проїзній частині того положення, яке займав Ф. Відповідно, причинами настання цих ДТП були порушення інших правил дорожнього руху.

Ми погоджуємось із висновком ВСУ про те, що ВССУ як суд касаційної інстанції норму кримінального закону (ч. 1 ст. 286 КК) щодо скоєного Ф. застосував правильно. Наведене обґрунтування, що правда, видається не зовсім вдалим, оскільки в самій постанові ВСУ відзначається подібність суспільно небезпечних діянь, щодо яких касаційними інстанціями ухвалювались порівнювані судові рішення. Як встановив ВСУ, ця подібність простежується за кількістю транспортних засобів, їх розташуванням на проїзній частині, схожістю напрямку руху і маневру, який мав виконувати транспортний засіб, що рухався попереду, тощо.

Згодом ВСУ неодноразово розглядав аналогічні казуси, коли йшлося про обопільне заподіяння суспільно небезпечних наслідків необережною поведінкою кількох учасників дорожнього руху. Але рішення, які приймалися, видаються суперечливими та, як наслідок, здатними ускладнити реалізацію завдання із забезпечення однаковості практики застосування ст. 286 КК.

Мова йде, зокрема, про справу щодо Р., засудженого за те, що, керуючи автомобілем, він порушив п. 12.3 ПДР і допустив зіткнення з автомобілем під керуванням Б., унаслідок чого останньому були спричинені тілесні ушкодження середньої тяжкості. Встановлено, що Б., своєю чергою, допустив порушення п. 10.1 ПДР. Так само, як і в попередньому випадку, усі винесені щодо Р. судові рішення (рішення Кам'янобрідського районного суду м. Луганська від 7 вересня 2012 року та Апеляційного суду Луганської області від 25 січня 2013 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 24 грудня 2013 р.) містили чітку

вказівку на порушення засудженим конкретного припису ПДР (діяння), на тяжкість отриманих потерпілим тілесних ушкоджень (наслідок), а так само констатували наявність причинного зв'язку між ними. Проте, на переконання Р., винуватим у вчиненні ДТП мав бути визнаний потерпілий, адже саме його дії знаходилися в причинному зв'язку з наслідками, які настали.

Даючи науковий висновок у справі щодо Р., ми виходили з того, що в цій ситуації кожен з водіїв транспортних засобів допустив порушення ПДР, що і призвело до спричинення тілесних ушкоджень одному з них. Подумки виключивши з аналізованого ланцюга подій діяння Р. (порушення ним ПДР), ми переконались у тому, що без цього наслідок у вигляді тілесних ушкоджень Б. не настав би. Ураховуючи те, що порушення ПДР з боку Р. призвело до спричинення тілесних ушкоджень Б., ми писали, що кримінальній відповідальності мав підлягати лише Р. Адже тільки в його діянні містяться всі ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. Вказали ми і на те, що Р. діяв з огляду на усвідомлюваний факт порушення ПДР з боку Б., який виявився у створенні небезпеки для руху, а отже, мав можливість реагувати на нього шляхом зниження швидкості автомобіля аж до його зупинки.

За результатами розгляду цієї справи Судова палата у кримінальних справах ВСУ у постанові від 20 листопада 2014 р. зазначила, що в ситуації, яка виникла на дорозі за участю автомобілів під керуванням потерпілого Б. і Р., перший, створивши небезпеку для другого, мав більше можливостей уникнути зіткнення, зупинивши свій автомобіль. Дії ж Р. не утворюють складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, оскільки в дорожній ситуації, яка склалась, він не міг передбачити і прорахувати те, пришвидшить, зупиниться чи змінить рух маневруючий автомобіль під керуванням Б. Відповідно, Р. не був спроможний зменшити швидкість автомобіля до повної зупинки, а тому вибрав інший (альтернативний, рівноцінний) варіант дій водія в цій ситуації – безпечний для інших учасників руху об'їзд перешкоди.

Отже, на думку ВСУ, для правильного застосування закону про кримінальну відповідальність у таких випадках ключовим є визначення характеру та черговості порушень, які вчинив кожен з учасників дорожнього руху. ВСУ звернув увагу і на те, що у випадку виникнення ДТП за участю декількох водіїв вирішення питання про наявність чи відсутність в їх діяннях складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 286 КК, потребує встановлення причинного зв'язку між діянням (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з'ясування ступеня участі (внеску) кожного з них у спричинення злочинного наслідку. У постанові ВСУ від 20 листопада 2014 р. відтворене і роз'яснення, наведене в п. 7 постанови Пленуму ВСУ від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні порушення на транспорті». Йдеться про те, що в разі, коли суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, необхідно з'ясувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також, чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм, їх недотримання іншим, і чи мав перший можливість уникнути ДТП та її наслідків. При цьому за певних умов виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, котра керувала транспортним засобом.

У підготовленому ВСУ Узагальненні практики розгляду судами кримінальних справ про злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту з цього приводу зазначається, що якщо учасник руху, який створив аварійну ситуацію, позбавив водія, котрий потрапив у таку ситуацію, можливості однозначно прогнозувати розвиток подій, це свідчить про те, що дії такого водія є вимушеними і не можуть вважатись суспільно небезпечними [8, с. 165]. Йдеться (треба так розуміти) про відсутність суспільно небезпечного діяння – обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу досліджуваного злочину. Подібної точки зору дотримується І.М. Тяжкова, яка пише, що водій не може нести кримінальну відповідальність за аварію, викликану діями іншого водія або аварійним станом дороги, за відсутності порушення ним ПДР – через відсутність суспільно небезпечного діяння [9, с. 130].

У цьому контексті звернемо увагу на те, що ВСУ у постанові від 20 листопада 2014 р., винесеній у справі Р., констатувавши відсутність складу злочину, передбаченого ст. 286 КК, на жаль, не конкретизував, яка (які) з ознак складу цього злочину відсутня (відсутні) в поведінці засудженого. З огляду на текст цієї постанови ВСУ і викладене вище, можна припустити, що йдеться про відсутність діяння (засуджений не порушував ПДР, оскільки не мав можливості реагувати на виявлену перешкоду без зіткнення). Щодо причинного зв'язку, то його наявність у суду сумнівів не викликала, хоч саме на відсутності цієї ознаки складу злочину наполягав Р., звертаючись до ВСУ.

Цікаво, що при перегляді справи стосовно Р. ВССУ, керуючись логікою міркувань, викладеною в постанові ВСУ від 20 листопада 2014 р., і зважаючи на обов'язковість рішень ВСУ, ухвалив закрити справу через відсутність у поведінці Р. складу злочину. Це рішення (ухвала від 7 квітня 2015 р.) так само, як і згадана постанова ВСУ, не містить чіткої вказівки щодо того, яка сама ознака складу злочину, передбаченого ст. 286 КК, відсутня в розглянутій ситуації.

Згодом, у справі щодо Б. за подібних фактичних обставин (за встановленого обопільного порушення ПДР у тому числі за участю потерпілого) ВСУ приймає інше рішення – про наявність складу аналізованого злочину. Б. був засуджений за те, що при виникненні небезпеки для руху у вигляді пішохода Т., яку він об'єктивно спроможний був виявити, негайно не вжив заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу, відвернувшись ліворуч і допустив наїзд на смугу зустрічного руху на потерпілого, який перетинав проїзну частину вулиці у невстановленому для руху пішоходів місці та який унаслідок ДТП отримав тяжкі тілесні ушкодження.

Цікаво, що в обґрунтування своєї позиції засуджений спирався, зокрема, на правову позицію, викладену ВСУ в згаданій постанові від 20 листопада 2014 р. у справі щодо р., наполягаючи на відсутності складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК, і на тому, що винуватим у вчиненні ДТП є потерпілий, оскільки саме його дії знаходяться в причинному зв'язку з наслідками, які настали. Положення про відсутність у діях водія автомобіля складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК, аргументується і у висновку у справі Б., підготовленому співробітниками Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України. Харківські правознавці виходили з того, що згідно з ПДР пішохід є учасником дорожнього руху і має неухильно виконувати приписи цих правил, а водій автомобіля Б. вправі був розраховувати на те, що інший учасник дорожнього руху (пішохід) виконає вимоги ПДР.

У постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 18 червня 2015 р., якою було відмовлено в задоволенні заяви засудженого, вказується на те, що формально вимога п. 12.3 ПДР дає можливість водію вибрати один із кількох варіантів реагування на виявлену перешкоду під час руху. Водночас вибір виду поведінки не може бути абсолютно довільним і залежати лише від розсуду водія, оскільки маневр водія, який вирішить об'їхати перешкоду, не повинен створювати небезпеку для інших учасників руху. Причиною настання суспільно небезпечного наслідку (травмування потерпілого Т.) був визнаний невинуватий маневр, здійснений водієм транспортного засобу Б. у конкретній дорожній ситуації.

Порівнявши викладену правову позицію з підходом, зайнятим щодо кваліфікації дій р., можна стверджувати про відсутність уніфікованого підходу ВСУ в частині кримінально-правової оцінки порушень ПДР, обопільно допущених кількома учасниками дорожнього руху. Очевидно, що плутанина, яка виникла, за умов обов'язковості правових позицій ВСУ здатна негативним чином вплинути на забезпечення однаковості судової практики, сприяння чому є одним із ключових завдань ВСУ. Підтвердженням сказаному є справа щодо К., засудженого за ч. 1 ст. 286 КК, розглядаючи яку ВСУ фактично повернувся до підходу, зайнятого в справі щодо Р.

Керуючи автомобілем, К. порушив ПДР і допустив зіткнення з мопедом під керуванням Б., унаслідок чого останньому були спричинені тілесні ушкодження середньої тяжкості. Спираючись на позицію, викладену в справі щодо р., до ВСУ звернувся заступник Генерального прокурора України, на думку якого ВССУ, на відміну від ухваленого в зазначеній справі рішення, неправильно розв'язав питання про наявність у вчиненому К. складу злочину, передбаченого ст. 286 КК. Заявник стверджував, що потерпілий також допустив порушення вимог ПДР і що саме такі дії перебувають у причинному зв'язку із суспільно небезпечними наслідками, які настали.

Судова палата у кримінальних справах ВСУ погодилась із такою аргументацією, вказавши у постанові від 5 листопада 2015 р. на порушення потерпілим вимог пунктів 10.1, 16.11 та дорожнього знаку 2.1 ПДР і на те, що потерпілий мав технічну можливість запобігти зіткненню з автомобілем під керуванням К. Було констатовано, що у справі К. суди нижчих інстанцій не з'ясували того, хто з водіїв та якими діями створив небезпечну дорожню обстановку, а далі – аварійну ситуацію (хоч, як правило, в причинному зв'язку з наслідками знаходяться порушення правил безпеки руху з боку того водія, який створив аварійну ситуацію), хто з них мав більшу можливість уникнути зіткнення, чи міг К. передбачити і прорахувати дії потерпілого. Не було враховано і п. 1.4 ПДР, згідно з яким кожний учасник дорожнього руху має право розраховувати на те, що інші учасники виконають ці Правила. Відповідно, К., наближаючись по головній дорозі до перехрестя, маючи перевагу в його перетинанні, вправі був розраховувати на те, що водій мопеда, який рухався по другорядній дорозі, виконає вимоги ПДР і дасть дорогу його автомобілю.

У постанові від 5 листопада 2015 р. ВСУ не лише скасував судові рішення, винесені у справі К., а і сформулював таку правову позицію: у випадку ДТП за участю декількох водіїв для вирішення питання про наявність чи відсутності в їхніх діях складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 286 КК, необхідно встановити причинний зв'язок між діями (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, дослідити характер та черговість порушень, які вчинив кожен із водіїв, хто з них створив небезпечну дорожню обстановку (аварійну ситуацію), тобто з'ясувати ступінь участі кожного у спричиненні злочинного наслідку. При цьому виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом.

Повертаючись до питання про кваліфікацію дій К., відзначимо, що, на нашу думку, водій автомобіля К. мав технічну можливість попередити зіткнення з мопедом шляхом застосування екстреного гальмування, однак цього не зробив, порушивши у такий спосіб п. 12.3 ПДР. Звідси впливає наявність у поведінці К. суспільно

небезпечного діяння як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. На користь такого твердження вкажемо на те, що водій транспортного засобу під час керування ним повинен бути максимально уважним, зобов'язаний не лише враховувати нормальні (ординарні) обстановку та умови руху, а і бути готовим до різних випадковостей, до своєчасного реагування на швидкі, несподівані зміни дорожньої обстановки тощо [10, с. 70]. ПДР (зокрема, п. 12.3) чітко фіксують, що водій зобов'язаний вжити заходів для попередження ДТП і в тому разі, коди небезпека (інакше кажучи, аварійна ситуація) створена не ним, а іншим учасником дорожнього руху. Тому нам складно повністю погодитись з О.Д. Сітковською, на думку якої та обставина, що водій, потрапивши у створену не ним аварійну ситуацію, не зміг попередити настання тяжких наслідків, не може бути поставлена йому у провину, оскільки ступінь передбачуваності оператора завжди базується на припущенні про дотримання всіма учасниками експлуатації джерел підвищеної небезпеки належних приписів безпеки [11, с. 178].

Водночас тут, мабуть, не буде зайвим зауважити, що існуючі формулювання ПДР допускають такі тлумачення, які при бажанні фактично завжди дозволяють констатувати порушення їх вимог (традиційні висловлювання з процесуальних документів є такими: проявив неухважність, не врахував дорожню обстановку і стан транспортного засобу, не вибрав безпечної швидкості руху, не дотримався безпечної дистанції, вчасно не вжив заходів до зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу тощо). Погоджуємось із висловленою в літературі думкою про те, що юристи, зайняті аналізом і застосуванням статей КК про транспортні злочини, повинні бути зацікавлені в тому, щоб ставити перед укладачами підзаконних нормативних актів завдання такого їх редагування, яке б дозволяло з найбільшою визначеністю встановлювати ознаки злочинів, спираючись на ці нормативи [12, с. 30–31]. Разом з тим мають рацію дослідники, які вказують на безпідставність такого обвинувачення в скоєнні досліджуваного транспортного злочину, яке ґрунтується лише на можливості попередити суспільно небезпечні наслідки без з'ясування при цьому обов'язку в конкретній дорожній ситуації [6, с. 17].

Вивчення рішень Тернівського районного суду м. Кривого Рогу від 15 серпня 2014 р. та Апеляційного суду Дніпропетровської області від 5 листопада 2014 р., законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 26 травня 2015 р., дало нам змогу відзначити і те, що між порушенням правил безпеки дорожнього руху, допущеним К., і наслідками у вигляді середньої тяжкості тілесних ушкоджень, заподіяними потерпілому Б., наявний причинний зв'язок. До речі, у своїй постанові від 5 листопада 2015 р. ВСУ закидає суду касаційної інстанції те, що останній погодився з висновками судів нижчих інстанцій про те, що дії К. перебувають у причинному зв'язку з наслідками, залишивши поза увагою той факт, що і дії потерпілого, пов'язані з порушенням ПДР, також перебувають у причинному зв'язку з наслідками. Виходить, що ВСУ фактично погодився з наявністю причинного зв'язку в тому числі між порушенням ПДР з боку К. і суспільно небезпечними наслідками, які настали для потерпілого Б. Отже, і в цьому разі мав місце випадок, коли суспільно небезпечні наслідки були породжені в результаті такого собі кумулятивного (інтегративного) впливу діянь кількох суб'єктів – порушників ПДР. За таких обставин правильність твердження ВСУ про відсутність у вчиненому К. ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, викликає сумнів.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про відсутність у сучасній судовій практиці усталеної позиції з питання про кваліфікацію злочину, передбаченого ст. 286 КК, у ситуаціях обопільного порушення правил безпеки дорожнього руху кількома учасниками такого руху при тому, що в юридичній літературі ця кримінально-правова проблема належить до числа вирішених. Вважається, що якщо два або більше водія транспортних засобів (хоча точніше в цьому разі говорити про двох чи більше учасників дорожнього руху, бо тут може фігурувати, наприклад, і несумлінний пішохід) порушили правила безпеки дорожнього руху, що спричинило наслідки, передбачені КК, вони підлягають кримінальній відповідальності за наявності в діянні кожного з них всіх ознак складу відповідного злочину. На нашу думку, приблизно такий вигляд повинна мати, умовно кажучи, перша частина правової позиції ВСУ з розглянутої проблеми. Вже далі варто вести мову про з'ясування ролі кожного порушника ПДР у спричиненні спільного для них злочинного наслідку і про кримінально-правову оцінку дій того учасника дорожнього руху, вимушена поведінка якого стала результатом створення іншим учасником дорожнього руху аварійної ситуації. При цьому учасника дорожнього руху, який не мав технічної можливості уникнути зіткнення, некоректно називати, як це робить ВСУ, порушником ПДР.

1. Сміян Н. Як покращити безпеку на дорогах. Відповідь на це запитання шукали учасники парламентських слухань / Н. Сміян // *Голос України*. – 25 грудня 2015 р. – № 245.
2. Коробеев А.И. Транспортные преступления / А.И. Коробеев. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 406 с.
3. Касинюк В.І. Кримінальна відповідальність військовослужбовців за порушення правил водіння або експлуатації машин / В.І. Касинюк, В.М. Білоконев. – Запоріжжя: видавець Глазунов С.О., 2011. – 231 с.
4. Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве / В.Б. Малинин. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2000. – 316 с.

5. Касынюк В.И. Вопросы квалификации транспортных преступлений : учеб. пособие / В.И. Касынюк, З.Г. Корчева. – К. : УМК ВО, 1988. – 71 с.
6. Коржанський М.Й. Кваліфікація автотранспортних злочинів / М.Й. Коржанський, В.А. Мисливий. – К. : Юрінком Інтер, 1996. – 80 с.
7. Яни П. Заключение / П. Яни // Уголовное право. – 2003. – № 1. – С. 131–132.
8. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах. Офіційне видання. Відп. ред. П.П. Пилипчук. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – 391 с.
9. Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / И.М. Тяжкова. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 278 с.
10. Куринов Б.А. Автотранспортные преступления (квалификация и наказание) / Б.А. Куринов. – М. : Юрид. лит., 1970. – 224 с.
11. Ситковская О.Д. Уголовный кодекс Российской Федерации : психологический комментарий / О.Д. Ситковская. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 192 с.
12. Лукьянов В.В. Проблемы квалификации дорожно-транспортных преступлений / В.В. Лукьянов. – М. : Юрид. лит., 1979. – 168 с.

ПРАВОВА ЕКВІЛІБРИСТИКА, АБО ПРО ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ, ВІД АДМІНІСТРАТИВНИХ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ¹

У зв'язку з набранням чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон України від 7 квітня 2011 р.) у вітчизняному кримінальному та адміністративному законодавстві відбулися зміни концептуального характеру. По-перше, розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), присвячений службовим злочинам, зазнав істотних змін, зокрема, у ньому знайшла відображення ідея диференціації кримінальної відповідальності за зловживання у публічній і непублічній управлінських сферах. По-друге, Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) було доповнено новою главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», що містить низку складів адміністративних проступків, суміжних зі складами деяких злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Унаслідок цих змін виникла гостра необхідність у розробленні науково обґрунтованих рекомендацій щодо розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства.

Питання відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень висвітлювались, зокрема, у роботах П.П. Андрушка, Л.П. Брич, М.І. Мельника, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка. Утім, не всі висловлені цими дослідниками судження є безспірними, а окремі аспекти вказаного відмежування залишилися поза увагою науковців, у зв'язку з чим обрана проблематика потребує подальшого опрацювання.

До прийняття Закону України від 7 квітня 2011 р. законодавець у ст. 368 КК України не встановлював мінімального розміру предмета хабара, вочевидь, виходячи з того, що будь-яка незаконна винагорода так чи інакше порушує нормальне функціонування управлінської сфери, а тому має визнаватись злочином. У випадку одержання невеликих за розміром хабарів на практиці не виключалось застосування кримінально-правової норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК). При цьому деякі автори пропонували виділити дрібне хабарництво в окремий склад злочину, за який має бути передбачено більш м'які міри покарання [1, с. 199–200; 2]. Як видно, ця пропозиція знайшла часткову підтримку у законодавця.

Так, статтею 172-2 КУпАП «Порушення обмежень щодо використання службового становища» передбачено відповідальність за порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), або у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) такої вигоди для себе чи інших осіб. У ч. 2 цієї статті КУпАП передбачено відповідальність за ті самі діяння, однак розмір неправомірної вигоди не повинен перевищувати ста НМДГ.

Здійснивши порівняльний аналіз ст. 172-2 КУпАП, з одного боку, і ст. ст. 364, 364-1 і 365-2 368, 368-3, 368-4 КК, з іншого, у системному взаємозв'язку з ч. 2 ст. 9 КУпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності, М.І. Хавронюк зробив висновок про те, що за наявності перелічених норм КК можливостей для застосування ст. 172-2 КУпАП на практиці не залишається. В обґрунтування своєї позиції науковець звертається до п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 р. № 13 «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією», відповідно до якого, якщо в діях особи, притягнутої до відповідальності на підставі Закону України від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією», будуть встановлені ознаки злочину, суддя має ухвалити постанову про закриття провадження в адміністративній справі та передачу матеріалів прокурору для вирішення питання про притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності. При цьому в ст. ст. 368, 368-3 і 368-4 КК мінімальний розмір хабара (неправомірної вигоди) взагалі не визначено, а за ч. 2 ст. 368 КК карається одержання хабара у значному розмірі, яким є такий, що у п'ять і більше разів перевищує НМДГ. Звідси М.І. Хавронюк робить висновок про те, що відповідальність за ст. ст. 368-3 і 368-4 і за ч. 1 ст. 368 КК повинна наставати незалежно від мінімального розміру хабара (неправомірної вигоди). Винятками, коли є підстави для застосування ст. 172-2 КУпАП, на думку науковця, можуть бути лише ситуації, коли органи досудового слідства, оцінивши обставини справи, визнають, що одержання хабара, наприклад, в розмірі півтора чи два НМДГ, хоча формально і містить ознаки діяння, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не загрожує і не могло загрозувати істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. У цьому випадку орган досудового слідства, вважає М.І. Хавронюк, відповід-

¹ Стаття написана в співавторстві з Г.М. Зеленовим та опублікована: Вісник Запорізького національного університету: Юридичні науки. – 2012. – № 1 (ч. 1). – С. 92–99.

но до алгоритму, визначеного законом, повинен: 1) застосувати ч. 2 ст. 11 КК України і не визнати вчинене діяння злочином; 2) закрити кримінальну справу або відмовити в її порушенні (відповідно до ст. ст. 6–10 КПК України); 3) переконавшись у наявності ознак адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-2 чи іншою статтею КУпАП, направити матеріали справи органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про адміністративне правопорушення (відповідно до ч. 6 ст. 6 КПК України) [3, с. 111–112]. Частково підтримуючи позицію М.І. Хавронюка, вважаємо, що вирішення розглядуваного питання кваліфікації потребує диференційованого підходу.

Аналіз диспозиції ч. 1 ст. 172-2 КУпАП дає змогу зробити висновок, що в ній передбачено відповідальність за такі адміністративні делікти: 1) порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди в певному розмірі; 2) порушення особою обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Отже, обидві форми об'єктивної сторони цього корупційного правопорушення обов'язково полягають в порушенні особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей. Проте в першому випадку винна особа ще й отримує за це неправомірну вигоду, а в другому випадку вона приймає обіцянку (пропозицію) такої вигоди.

Відмежовуючи першу форму об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КУпАП, від злочину, караного за ст. 368 КК, ми поділяємо точку зору М.І. Хавронюка, однак вважаємо, що на її користь свідчить не стільки той факт, що в ч. 1 ст. 368 КК не визначено мінімальний розмір хабара, скільки те, що в ч. 1 ст. 368 КК передбачено відповідальність за одержання хабара в розмірі, що не перевищує п'яти НМДГ, тобто предмет правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КУпАП, і предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, співпадають за розміром, у зв'язку з чим тут вбачаються підстави для застосування ч. 2 ст. 9 КУпАП.

З огляду на сказане, ми поділяємо висловлену в юридичній літературі думку про неправильність застосування ст. 172-2 КУпАП щодо: помічника судді, яка вимагала й отримала від порушника правил дорожнього руху 1 тис. 790 грн. за сприяння у винесенні суддею постанови про закриття адміністративної справи; інспектора дорожньо-патрульної служби, який вимагав і одержав від водія 1 тис. грн. за непритягнення його до адміністративної відповідальності; директора комунального підприємства, який отримав від двох громадян 1 тис. 95 і 1 тис. 184 грн. за надання послуг з поховання померлих учасників бойових дій [4, с. 30]. У діях вказаних службових осіб вбачаються ознаки складу злочину «одержання хабара».

Питання про відмежування порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 172-2 КУпАП) від злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368-3 та ч. 4 ст. 368-4 КК, слід вирішувати інакше. Задля цього варто пригадати, що у диспозиціях ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 190 і ч. 1 ст. 191 КК мінімальний розмір майна як предмета, відповідно, крадіжки, шахрайства, привласнення та розтрата майна також не визначено. Але ні в кого не викликає сумнівів, що особа може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ст. ст. 185, 190 і ст. 191 КК лише у випадку, якщо вартість викраденого майна на момент вчинення правопорушення перевищує 0,2 НМДГ. Тобто чіткий (формалізований) критерій розмежування адміністративно караного дрібного викрадення чужого майна та крадіжки, шахрайства, привласнення і розтрата як злочинів проти власності міститься не у КК, а в КУпАП (його ст. 51).

На відміну від ст. 368 КК, у ст. ст. 368-3 і 368-4 КК не закріплюються кваліфікуючі ознаки, пов'язані з розміром неправомірної вигоди як предмета, відповідно, комерційного підкупу і підкупу особи, яка надає публічні послуги. Сказане наводить на думку про те, що критерій розмежування деліктів, передбачених ст. 172-2 КУпАП і ч. 3 ст. 368-3 та ч. 3 ст. 368-4 КК, закріплено саме в ч. 2 ст. 172-2 КУпАП. І дорівнює цей критерій ста НМДГ. Отже, можна констатувати часткову декриміналізацію пов'язаних з одержанням неправомірної вигоди дій, якщо їх суб'єктами виступають службові особи юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми або особи, які надають публічні послуги.

На підтвердження пропонованого підходу вважаємо за доречне навести міркування Л.П. Брич щодо розмежування, з одного боку, одержання неправомірної вигоди (ст. 212-21 КУпАП визнавала проступком одержання відповідним суб'єктом неправомірної вигоди для себе чи іншої особи у розмірі, що не перевищує п'яти НМДГ) та, з іншого боку, комерційного підкупу, підкупу особи, яка надає публічні послуги, і незаконного збагачення (ст. ст. 235-4, 235-5, 368-1, якими КК було доповнено на підставі Закону від 11 липня 2009 р. «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України відносно відповідальності за корупційні правопорушення», не встановлювали мінімальний розмір неправомірної вигоди як предмета вказаних злочинів). На думку Л.П. Брич, у цьому випадку мала місце конкуренція кримінально-правової та адміністративно-правової норм як загальної і спеціальної, де адміністративно-правова норма відігравала роль спеціальної. Ознакою, яка визначала спеціальний характер адміністративно-правової норми, виступав якраз закріплений у КУпАП розмір предмета правопорушення. Одержання відповідним суб'єктом неправомірної вигоди у розмірі, що

перевищує п'ять НМДГ, мало тягнути за собою кримінальну відповідальність за однією із зазначених норм КК залежно від суб'єкта злочину [5].

Принагідно звернемо увагу на неузгодженість, притаманну чинній редакції ч. 1 ст. 172-2 КУпАП. У ній йдеться про використання службових повноважень у той час, як у ч. 3 ст. 368-4 КК говориться про одержання особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень. Це може навести на думку про те, що особи, які надають публічні послуги, не підлягають відповідальності за ст. 172-2 КУпАП. Водночас вказівка в п. 1 примітки цієї статті КУпАП на те, що суб'єктом відповідних правопорушень є особи, визначені у пунктах 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», свідчить на користь того, що особи, які надають публічні послуги, все ж є суб'єктами такого адміністративного правопорушення, як порушення обмежень щодо використання службового становища. Якщо законодавець, справді, мав на меті запровадити адміністративну відповідальність за порушення обмежень щодо використання службового становища у тому числі для осіб, які надають публічні послуги, з ч. 1 і ч. 2 ст. 172-2 КУпАП бажано виключити слово «службових».

Із диспозицій ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4 КК випливає тісний і нерозривний зв'язок між одержанням хабара (неправомірної вигоди) і виконанням або невиконанням особою, яка одержує хабар (неправомірну вигоду), дій з використанням свого службового становища. Відсутність або недоведеність такого зв'язку виключає наявність зазначених складів корупційних злочинів. Разом з тим фактичне виконання або невиконання дій по службі або при наданні публічних послуг знаходиться поза межами об'єктивної сторони одержання хабара, комерційного підкупу та підкупу особи, яка надає публічні послуги.

На відміну від ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4 КК, як в назві ст. 172-2 КУпАП, так і в диспозиціях її ч. 1 і ч. 2 акцентується увага на фактичному використанні винною особою свого службового становища. При цьому друга форма об'єктивної сторони адміністративного проступку полягає в дії – порушенні особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей, вчиненому у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Як слушно зазначає М.І. Хавронюк, «підстав для відповідальності за ст. 172-2 КУпАП немає, якщо особа мала за мету одержати неправомірну вигоду, але не одержала її і не вчинила конкретних дій (вимагання, прохання тощо) для її одержання (замах на адміністративний проступок не карається), а також якщо особа вчинила неправомірні дії взагалі без розрахунку на одержання неправомірної вигоди» [3, с. 283].

З аналізу розділу XVII Особливої частини КК випливає, що в ньому міститься три склади злочинів, які також можуть розглядатися як порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей, пов'язаних з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Це: зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК); зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 364-1 КК); зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК).

У цих складах злочинів, як і в другій формі об'єктивної сторони адміністративного проступку, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КУпАП, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є зловживання повноваженнями, що може вчинятися з корисливих мотивів. Це, своєю чергою, дозволяє зробити висновок про те, що дії, передбачені ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК, вчинені з корисливих мотивів, якщо вони не завдали істотної шкоди чи тяжких наслідків охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, необхідно кваліфікувати за ч. 1 або 2 ст. 172-2 КУпАП, а у випадку заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків – за відповідною статтею КК.

На думку М.І. Хавронюка, проблему конкуренції ст. 172-2 КУпАП у тому числі зі ст. ст. 364, 364-1, 365-2, 423 КК треба вирішувати з урахуванням сформульованого Л.П. Брич правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої підлягає кваліфікації». Відповідно, зловживання службовим становищем (своїми повноваженнями), пов'язане з одержанням належним суб'єктом неправомірної вигоди у розмірі, що не перевищує ста НМДГ, має кваліфікуватись за ч. 1 або ч. 2 ст. 172-2 КУпАП [3, с. 283]. Погоджуючись по суті із зробленим висновком, водночас зауважимо, що він певною мірою суперечить наведеному вище висловлюванню М.І. Хавронюка, заснованому на ч. 2 ст. 9 КУпАП, про неможливість застосування на практиці ст. 172-2 КУпАП.

Очевидно, що ця стаття КУпАП сконструйована вкрай невдало та, можна сказати, без урахування положень кримінального законодавства, у зв'язку з чим вона потребує викладення в новій редакції. По-перше, необхідно в законодавчому порядку чітко розмежувати адміністративну відповідальність за одержання неправомірної вигоди та адміністративну відповідальність за зловживання повноваженнями і пов'язаними з цим можливостями, передбачивши відповідальність за ці діяння в різних частинах ст. 172-2 або навіть в різних статтях КУпАП. По-друге, треба чітко визначити ознаку, за якою адміністративне правопорушення слід відмежовувати від злочинів, передбачених ст. 364, ст. 364-1, ст. 365-2, ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4 КК. По-третє, при визначенні суб'єктного складу правопорушників, які можуть нести адміністративну відповідальність за

вчинення корупційних правопорушень, доцільно використовувати термінологію КК, а не Закону «Про засади запобігання і протидії корупції».

Ще один адміністративний делікт, який потребує відмежування від злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачено ст. 172-3 КУпАП «Пропозиція або надання неправомірної вигоди». В ч. 1 цієї статті передбачено адміністративну відповідальність за пропозицію або надання службовій особі неправомірної вигоди безпосередньо такій чи іншій особі у розмірі, що не перевищує п'яти НМДГ, а в ч. 2 – за ті самі дії, якщо розмір неправомірної вигоди не перевищує ста НМДГ.

Поряд із цим в ч. 1 ст. 368-3 та ч. 1, ч. 2 ст. 369 КК встановлено кримінальну відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди (хабара) службовій особі юридичної особи приватного права та службовій особі, вказаній у п. 1 примітки ст. 364 КК. При цьому ні в ч. 1 ст. 368-3, ні в ч. 1 і ч. 2 ст. 369 КК мінімальний розмір неправомірної вигоди (хабара) не визначено. Виходить, що при розмежуванні комерційного підкупу, пропозиції або давання хабара як злочинів та адміністративного проступку, передбаченого ст. 172-3 КУпАП, також слід виходити із закріпленого у КУпАП критерію, який відповідно до ч. 2 ст. 172-3 КУпАП дорівнює ста НМДГ.

Тут доречно нагадати, що, розмежовуючи ст. 212-22 КУпАП «Підкуп» і ч. 1 ст. 235-4 «Комерційний підкуп», ч. 1 ст. 235-5 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», ст. 368-1 «Незаконне збагачення», ст. 369 «Пропозиція або давання хабара» КК – заборони, які з'явилися на підставі Закону від 11 липня 2009 р. «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України відносно відповідальності за корупційні правопорушення», Л.П. Брич запропонувала подібний підхід. На її думку, у цьому випадку також мала місце конкуренція кримінально-правової (загальної) та адміністративно-правової (спеціальної) норм. Ознакою, яка визначала спеціальний характер адміністративно-правової норми, котра і підлягала застосуванню у цій ситуації, було визнано розмір предмета адміністративного правопорушення, що за тогочасним законодавством не перевищував п'яти НМДГ [5].

Не викликає сумнівів, що закріплений у чинному законодавстві критерій розмежування діянь, караних за ст. 172-3 КУпАП і ст. ст. 368-3, 369 КК, є занадто завищеним, не відповідає потребам боротьби з корупцією, а тому законодавець має внести корективи до ст. 172-3 КУпАП, істотно знизивши розмір неправомірної вигоди, пропонування або надання якої визнається не злочином, а адміністративним проступком. З цієї ж причини нам складно погодитись із пропозицією внести такі зміни до ч. 1 ст. 368 КК, згідно з якими кримінальна відповідальність за одержання хабара наставатиме лише у тому разі, коли вартість відповідного предмета у десять і більше разів перевищує НМДГ [6, с. 7].

Викликає зауваження і спосіб визначення тієї категорії осіб, пропонування або надання якій неправомірної вигоди тягне адміністративну відповідальність. У ч. 1 ст. 172-3 КУпАП встановлено відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди службовій особі. У примітці цієї статті зазначено, що під службовою особою тут слід розуміти особу, визначену в пп. 1-3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції». Але в п. 2 ч. 1 ст. 4 цього Закону вказано і на осіб, які надають публічні послуги. На нашу думку, при конструюванні ст. 172-3 КУпАП також варто було використовувати не положення Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», а термінологію, вжиту в розділі XVII Особливої частини КК України, або принаймні точніше визначати категорії службових осіб, яким пропонують або надають неправомірну вигоду. Наприклад, так, як це зроблено в примітці до ст. 172-5 КУпАП.

Також незрозуміло, чому пропонування або надання неправомірної вигоди незалежно від її розміру особі, яка надає публічні послуги, одразу має тягнути кримінальну відповідальність за ст. 368-4 КК.

Свого часу Б.В. Волженкін писав, що, якщо матеріальна цінність отриманого в знак подяки предмета є явно незначною (букет квітів, коробка цукерок тощо), і з боку особи, яка вручила такий предмет, це було виключно знаком вдячності, уваги, то необхідно вести мову лише про службовий проступок, який не досяг суспільної небезпеки, притаманної злочину [7, с. 25]. Водночас з точки зору новел антикорупційного законодавства України не слід забувати про наявність в КУпАП ст. 172-5, частиною 1 якої передбачено відповідальність за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви). Зазначені обмеження встановлені в ч. 2 ст. 8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якою особи, вказані у п. 1 та пп. «а», «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 цього Закону, можуть приймати дарунки, які відповідають загальноновизначаним уявленням про гостинність, та пожертви (крім випадків, передбачених законом). При цьому вартість таких дарунків (пожертв) не повинна перевищувати 50 % мінімальної заробітної плати, встановленої на день прийняття дарунка (пожертви), одноразово, а сукупна вартість таких дарунків (пожертв), отриманих з одного джерела протягом року, – однієї мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року. Суб'єктом зазначеного адміністративного правопорушення виступають службові особи державних органів влади, місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного права, а також особи, які надають публічні послуги.

На відміну від одержання хабара (ст. 368 КК) та підкупу особи, яка надає публічні послуги (ч. 3 ст. 368-4 КК), особа, винна у вчиненні правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-5 КУпАП, отримує дарунок (пожертву) не за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар (неправомірну вигоду), чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданих їй повноважень, а, умовно кажучи, просто так.

Складніше відмежувати правопорушення, описане в ч. 2 ст. 172-5 КУпАП, від злочинів, передбачених ст. 368 і ч. 3 ст. 368-4 КК. У ч. 2 ст. 172-5 КУпАП говориться про порушення встановленої законом заборони щодо одержання дарунка (пожертви). Ця заборона передбачена в ч. 1 ст. 8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якою особам, зазначеним у п. 1 та пп. «а», «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону, забороняється безпосередньо або через інших осіб одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб: 1) за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами та органами; 2) якщо особа, яка дарує (здійснює) дарунок (пожертву), перебуває в підпорядкуванні такої особи.

Аналізуючи попередню редакцію вітчизняного антикорупційного законодавства, Л.П. Брич вказувала на незрозумілість співвідношення понять «особистий подарунок» і «хабар», котрі відображали предмети, відповідно, адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 212-32 КУпАП «Незаконне одержання подарунка» і злочину, зафіксованого у ст. 368 КК «Одержання хабара», що, на думку авторки, унеможливлювало визначення співвідношення між складами названих правопорушень. У ст. 5 Закону України від 11 липня 2009 р. «Про засади попередження та протидії корупції» містилася заборона для суб'єктів корупційних правопорушень приймати подарунки у зв'язку з виконанням ними функцій держави або органів місцевого самоврядування. Прийняття інших подарунків знаходилося поза сферою регулювання антикорупційного законодавства. Але те, що приймається у зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, якщо воно носить майновий характер, традиційно в кримінальному праві вважається хабарем. У зв'язку з цим у Л.П. Брич виникло резонне запитання про те, чи будь-який хабар тепер називатиметься подарунком, чи лише певні різновиди того, що за чинним КК України визнається хабарем, згідно з новим антикорупційним законодавством ідентифікуватимуться як подарунок? [5].

Зміни антикорупційного законодавства, ухвалені у 2011 р., створили аналогічну, але ще більш складну для вирішення проблему. Річ у тім, що правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 172-5 КУпАП, з урахуванням п. 1 ч. 1 ст. 8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» досить непросто відмежувати від одержання хабара – подяки, тобто хабара, якому не передують домовленість між службовою особою і тим, хто передає неправомірну вигоду. На сьогодні переважна більшість науковців вбачає всі ознаки одержання хабара в діях тієї особи, яка отримує заздалегідь необумовлену майнову винагороду. Правова оцінка хабара-підкупу і хабара-подяки згідно з чинним кримінальним законодавством України є однаковою: ст. 368 КК не розрізняє вказані різновиди злочину і встановлює за їх вчинення однакову відповідальність, що не означає їх однакової суспільної небезпеки (підкуп справедливо розглядається як більш суспільно небезпечне діяння). Криміналізація хабара-подяки зазвичай пояснюється тим, що: необумовлені заздалегідь винагороди нерідко передаються з розрахунком користуватись послугами службової особи у майбутньому; хабарі-подяки руйнують систему управління державою, отримані від одного громадянина, вони можуть мати своїм результатом прагнення отримувати винагороди від всіх, хто вимушений звертатись до конкретної службової особи. Верховний Суд України також розглядає хабар-подяку як різновид злочину, передбаченого ст. 368 КК. У п. 3 постанови Пленуму від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснюється, що відповідальність за одержання хабара настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він обумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

Порівняльний аналіз ст. ст. 368 КК, 212-32 КУпАП і ст. 5 Закону України «Про засади попередження та протидії корупції» дозволив Л.П. Брич стверджувати, що згідно з чинним на той час антикорупційним законодавством злочин «одержання хабара» міг мати місце, коли винагорода одержується не у зв'язку з абстрактним виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення цілком конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Отримання ж іншого стимулювання, в тому числі такого, що мало майновий характер, могло називатись отриманням подарунка і тягнути за собою адміністративну відповідальність [5].

Складність при розмежування хабара-подяки (ст. 368 КК) і порушення встановленої законом заборони щодо одержання дарунка (пожертви) (ч. 2 ст. 172-5 КУпАП) полягає в тому, в ч. 2 ст. 172-5 КУпАП серед іншого передбачено адміністративну відповідальність за одержання дарунка (пожертви) не у зв'язку із згаданим Л.П. Брич абстрактним виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення цілком конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Таким чином, можна констатувати, що відбулася часткова декриміналізація діянь, які з точки зору чинного КК взагалі-то мають розцінюватись як одержання хабара.

Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви), якщо його (її) розмір перевищує сто НМДГ, за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 368-2 КК як незаконне збагачення [4, с. 29].

Ще одне правопорушення, яке підлягає відмежуванню від службових злочинів, передбачено ст. 172-9 КУпАП. Ця норма передбачає адміністративну відповідальність за невжиття передбачених законом заходів

посадовою чи службовою особою органу державної влади, посадовою особою місцевого самоврядування, юридичної особи, їх структурних підрозділів у разі виявлення корупційного правопорушення.

Розглядаючи попередні зміни до антикорупційного законодавства, Л.П. Брич вказувала на наявність колізії між ст. 212-29 КУпАП «Невжиття заходів щодо запобігання та протидії корупції» і ст. 364 КК «Зловживання владою або службовим становищем». Невжиття службовою особою заходів щодо подолання вчинення злочинів її підлеглими традиційно у кримінальному праві вважалося потуранням вчиненню злочинів і розглядалося як одна з форм зловживання владою або службовим становищем. Також вважалося, що саме це потурання автоматично тягне за собою наслідки у вигляді шкоди інтересам держави. Колізія полягала в тому, що одне і те саме діяння у законодавстві одночасно називалось і злочином, і адміністративним правопорушенням [5].

Не дивлячись на те, що ст. 172-9 КУпАП зазнала істотних змін порівняно зі ст. 212-29 КУпАП, позначена вище колізія не знайшла свого вирішення. У ст. 172-9 КУпАП йдеться про невиконання передбачених законом заходів у разі виявлення відповідним суб'єктом корупційного правопорушення, яким згідно з ч. 4 ст. 1 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» є умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 4 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність.

Проведене дослідження дає підстави для твердження про те, що замість проголошеного посилення боротьби з корупцією нові українські закони поставили в пільгове становище осіб, які вчиняють корупційні правопорушення. Крім того, у багатьох випадках досить складно навіть на теоретичному рівні відмежувати адміністративно карані корупційні проступки від злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Як це не дивно звучить, але щодо зазначеного відмежування при бажанні можна дійти діаметрально протилежних висновків залежно від того, з якого правила ми будемо при цьому виходити: або з ніким поки що не скасованої ч. 2 ст. 9 КУпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правових заборон), або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми). Насамкінець висловимо сподівання на те, що тенденції і проблеми правозастосовної практики, пов'язані з розмежуванням злочинних та адміністративно караних корупційних правопорушень, у найближчому майбутньому стануть предметом відповідного узагальнення і розгляду Пленумом ВССУ.

1. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.
2. Письменський Є. Посилення заходів кримінально-правової репресії за хабарництво – нагальна необхідність чи явна хибність? // Юридичний вісник України. – 15–21 серпня 2009 р. – № 33.
3. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – 424 с.
4. Наджафов О. Деякі питання розмежування корупційних правопорушень // Вісник прокуратури. – 2012. – № 1. – С. 24–33.
5. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України) // Юридичний вісник України. – 8–14 травня 2010 р. – № 19.
6. Ковбасюк В. Антикорупційне законодавство України необхідно вдосконалити // Вісник прокуратури. – 2011. – № 12. – С. 5–11.
7. Волженкин Б.В. «Обычный подарок» или взятка? // Законность. – 1997. – № 4. – С. 24–26.

ЯКИМ БУТИ ПЕРЕЛІКУ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ?¹

Однією з тенденцій розвитку антикорупційного законодавства України протягом останніх п'яти років є посилення репресивності його кримінально-правової складової. Черговим проявом вказаної тенденції стало обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили корупційні злочини. Йдеться про положення КК України, присвячені звільненню від кримінальної відповідальності, звільненню від покарання та його відбування, призначенню більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, і зняттю судимості. Благодійна мета законодавця (скорочення масштабів корупційної поведінки через посилення кримінально-правової репресії) є зрозумілою і такою, що відповідає суспільним очікуванням. Питання, наскільки доречними і справедливими є ці фрагментарні і, вочевидь, кон'юнктурні (на злобу дня) законодавчі новели, чи дієвими вони виявляться – предмет окремої розмови. Наразі з'ясуємо, які злочини слід визнавати корупційними. Тим більше, що їх вчинення тягне за собою негативні наслідки і загально-правового характеру (неможливість бути призначеним на певну посаду, відсторонення від виконання повноважень, внесення відомостей до відповідного реєстру з наступним їх оприлюдненням, покладання обов'язку відшкодувати завдані збитки тощо).

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «корупційний злочин». Разом з тим у ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (далі – Закон від 14 жовтня 2014 р.) наводиться дефініція поняття «корупційне правопорушення», яка, своєю чергою, відсилає до розміщеного тут же визначення поняття «корупція», а примітка ст. 45 Кримінального кодексу України (далі – КК) закріплює перелік злочинів, віднесених до числа корупційних.

При визначенні співвідношення згаданих законодавчих положень слід враховувати застереження, зроблені, відповідно, в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні злочини визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж у ч. 3 ст. 3 КК недвозначно сказано, що злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Звідси випливає, що неузгодженості, які мають місце між дефініцією поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів і про які йтиметься нижче, *de lege lata* не повинні братись до уваги при визначенні кримінально-правових наслідків скоєння того чи іншого корупційного злочину. З приводу «автономності» аналізованих нормативних приписів чітко висловлюється М.І. Хавронюк: «Поняття «корупційне правопорушення» має значення для застосування Закону «Про запобігання корупції», а поняття «корупційний злочин» – для застосування КК» [1, с. 22]. А.В. Савченко відзначає незвичність тієї обставини, що при визначенні корупційних злочинів у примітці ст. 45 КК не встановлено зв'язок із ключовим у цьому разі терміном «корупція», про який йдеться в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. [2, с. 59].

Викладене вище дозволяє поставити під сумнів правильність позиції Н.М. Ярмиш, яка з урахуванням невідповідності примітки ст. 45 КК Закону від 14 жовтня 2014 р. пише, що «ця обставина відкриває широке поле діяльності для адвокатів, аби доводити, що злочин, який вчинив їх підопічний, попри те, що вказівка на нього як на корупційний міститься у Кримінальному кодексі, насправді корупційним не є» [3, с. 161]. Регулювання відносин, пов'язаних із кримінальною відповідністю за вчинений корупційний злочин і звільненням від такої відповідальності, є, так би мовити, виключною прерогативою КК. У зв'язку з цим шанси адвокатів «виграти справу», посиляючись на невідповідність примітки ст. 45 КК визначенню поняття корупційного правопорушення, наведеному в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., вважаю мінімальними (навіть з огляду на конституційне правило «усі сумніви – на користь обвинуваченого»), як не прикро це констатувати. Можна скільки завгодно і, до речі, цілком слушно критикувати законодавця за явно недосконалий перелік корупційних злочинів, наводити різні доктринальні визначення таких злочинів, проте, як слушно зазначає М.І. Мельник, перевагою підходу, втіленого в примітці ст. 45 КК, є визначена юридична чіткість щодо розуміння корупційних злочинів, яка має забезпечити реалізацію принципу законності в правозастосовній діяльності [4, с. 357]. За таких обставин *de lege ferenda* зусилля мають спрямовуватись на узгодження понятійного апарату антикорупційного законодавства України загалом та уточнення переліку корупційних злочинів зокрема. І тут мають стати в нагоді здобутки кримінально-правової доктрини. На що ж у розглядуваному контексті звертають увагу вітчизняні дослідники?

По-перше, відзначається не зовсім звичне (вдале, оптимальне) місце переліку корупційних злочинів у КК (стаття його Загальної частини, присвячена одному з видів звільнення від кримінальної відповідальності) і пропонуються інші варіанти розв'язання цього питання – розміщення відповідного переліку в ст. 44 КК «Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності» [3, с. 158], новій статті 45-1 КК «Перелік корупційних злочинів» [5, с. 51], в Особливій частині КК без вказівки на його конкретний розділ [2,

¹ Стаття опублікована: Актуальні проблеми кримінального права та процесу і практики їх застосування: матеріали круглого столу (Київ, 10 листопада 2016 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К.: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2016. – С. 11–17.

с. 59; 6, с. 28–29], примітці ст. 364 КК, тобто в розділі Особливої частини КК, який передбачає відповідальність за «левоу частку» корупційних злочинів [7, с. 115–116].

Однак і такі пропозиції навряд чи можуть розцінюватись як безспірні, адже: 1) специфічні кримінально-правові наслідки вчинення корупційних злочинів регламентовані Загальною частиною КК і при цьому не зводяться до унеможливлення застосування до тих, хто вчинив такі злочини, норм про загальні види звільнення від кримінальної відповідальності (за винятком ст. 49 КК); 2) корупційними є і ті злочини, норми про відповідальність за які розташовано поза межами розділу XVII Особливої частини КК; 3) системоутворюючим чинником формування переліку корупційних злочинів не виступає об'єкт посягання. Як слушно зауважує В.І. Осадчий, об'єднання норм про корупційні злочини в рамках примітки ст. 45 КК не означає збігу їхніх безпосередніх об'єктів [8, с. 21]. Немає підстав вести мову і про родовий об'єкт корупційних злочинів, що, до речі, ускладнює формулювання визначення поняття корупційних злочинів за прикладом наведеної в ч. 1 ст. 401 КК дефініції поняття військових злочинів. Так, законодавець вчинив дуже (щоб не сказати – занадто) прагматично, включивши перелік корупційних злочинів у статтю КК, в якій вперше згадується таке словосполучення. Проте свою волю за відсутності в КК «термінологічного» розділу він виразив максимально чітко та ясно, інше вирішення питання про місце відповідного переліку в КК, як я спробував показати, викликало б не менше запитань і, головне, порівняно зі змістовними речами (на кшталт, наприклад, неможливості застосування статей 45–48, 69, 75 КК до того, хто вчинив «активний» або «пасивний» підкуп працівника підприємства, установи, організації, який не є службовою особою і не здійснює професійну діяльність, пов'язану за наданням публічних послуг (ст. 354 КК)) існуюче місце переліку корупційних злочинів у КК – другорядний аспект його якості, не здатний негативним чином вплинути на правозастосування.

По-друге, до закріпленого в КК переліку корупційних злочинів повинні входити лише ті злочини, складі яких містять обов'язкові ознаки корупційного правопорушення і корупції, відображені в Законі від 14 жовтня 2014 р. як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією, при тому, що вказані ознаки також потребують уточнення.

Щодо віднесення приміткою ст. 45 КК до числа корупційних злочинів, передбачених статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, то загалом логічність (виправданість) цього кроку, на мій погляд, зумовлена тим, що суть вказаних злочинів, яка полягає в посяганні відповідних суб'єктів на чуже майно (його специфічні різновиди), «вписується» в таку форму корупції, як використання особою, зазначеною в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р., наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди.

Іншої точки зору дотримується В.М. Киричко, на погляд якого корупційними злочинами є не всі корисливі зловживання особами своїми службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями, а лише такі з них, в яких корисливий мотив за своїм змістом означає одержання неправомірної вигоди для винного чи інших осіб від того, хто надає неправомірну вигоду [9, с. 16, 27]. Викладений підхід, хоч і узгоджується з поширеним розумінням корупції як підкупу, продажності певних осіб, обміну влади на гроші, означає невинуватим обмежувальне тлумачення положень вітчизняного антикорупційного законодавства і, крім цього, не бере до уваги ратифікацію Україною Конвенції ООН проти корупції з її ст. 17 «Розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою» і ст. 22 «Розкрадання майна в приватному секторі».

Водночас науковці переконані в помилковості віднесення до числа корупційних злочинів, передбаченого ст. 320 КК (порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, навіть якщо в результаті цього відбулося заволодіння ними шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, за своєю природою не є корупційним злочином) [1, с. 22; 3, 160; 6, с. 32; 8, с. 16], а тому згадування про цю кримінально-правову заборону підлягає виключенню з примітки ст. 45 КК. Існує також серйозний сумнів у доречності включення в розглядуваний перелік злочинів, передбаченого ст. 357 КК: «Навряд чи заволодіння службовою особою документами, штампами чи печатками, тим більше їх знищення чи пошкодження, обов'язково здійснюється з метою одержання неправомірної вигоди. Та й у диспозиції йдеться не лише про «корисливі мотиви» (що корелює з метою одержання неправомірної вигоди), а й про «інші особисті інтереси». А без мети одержання неправомірної вигоди злочин не може розглядатися як корупційний» [3, с. 160].

З примітки ст. 45 КК варто виключити і ст. 210 КК «Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням». На перший погляд, ця стаття КК слугує відображенням згаданої вище ст. 17 Конвенції ООН проти корупції, проте описання злочину в ст. 210 КК, на відміну від конвенційної норми, не вказує на мету одержання вигоди для суб'єкта злочину, іншої фізичної або юридичної особи. Крім того, вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК, може лише створювати передумови для розкрадання відповідним суб'єктом певного майна. Суспільна небезпека розглядуваного злочину, який немає підстав визнавати корупційним, визнача-

ється передусім посяганням на бюджетну систему в частині встановленого порядку виконання державного і місцевих бюджетів за видатками і кредитування з бюджету. Виходячи з того, що неправомірна вигода не є ні предметом, ні метою вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК, думку про безпідставність згадування цієї статті в примітці ст. 45 КК висловлює чимало авторів [1, с. 22; 5, с. 51; 8, с. 20; 10, с. 395]. Компромісною виглядає точка зору М.І. Мельника, який злочин, караний за ст. 210 КК, відносить до так званих умовних корупційних злочинів на тій підставі, що для наявності його складу закон не вимагає корисливої мотивації або іншої особистої заінтересованості [4, с. 356].

Позбавлена однозначності ситуація з корупційністю незаконного збагачення при тому, що ст. 368-2 КК фігурує в примітці ст. 45 КК. М.І. Хавронюк оригінально називає цей злочин квазі-корупційним, тобто таким, що не є корупційним, але пов'язаний з корупцією [1, с. 27]. Справді, чинна редакція ст. 368-2 КК не дозволяє визнавати незаконне збагачення корупційним злочином, адже вона сформульована таким чином, що предикатним стосовно незаконного збагачення може виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Наприклад, це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), а і будь-який інший корисливий злочин проти власності, вчинений вказаною особою. Більше того: використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. Не дивлячись на це, виключати з примітки ст. 45 КК вказівку на ст. 368-2 КК було б, мабуть, неправильно (несвоєчасно), позаяк кримінальна відповідальність за незаконне збагачення при виваженіму застосуванні вказаної заборони спроможна відіграти роль одного з ефективних засобів боротьби за латентною корупцією.

Злочином, щодо якого також виникають труднощі з віднесенням його до корупційних, є зловживання впливом (ст. 369-2 КК). Складається враження, що цей злочин обґрунтовано визнаний корупційним, адже, полягаючи в пропозиції, обіцянці, наданні неправомірної вигоди, а також у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди, він охоплюється визначенням поняття корупції, закріпленим у ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. Разом з тим законодавча дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, перелік осіб наводиться в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р., у той час, як із питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом (вочевидь, він може бути і загальним) наразі спостерігається законодавча невизначеність, про що автор цих рядків писав раніше [11]. У будь-якому разі складно погодитись із В.І. Тютюгіним і К.С. Косіною, які саме ст. 369-2 КК наводять як приклад того, що першою ознакою корупційних злочинів є обов'язковий зв'язок їх вчинення з використанням влади, службового становища або можливостей, які випливають з такого становища [10, с. 394]. Чинна редакція ст. 369-2 КК сформульована максимально узагальнено і зафіксована у відповідних міжнародно-правових документах основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб, чітко не відображає, хоч і не відкидає її. Виходить, що для беззастережного віднесення зловживання впливом до числа корупційних злочинів потрібно уточнювати законодавче визначення поняття корупційного правопорушення.

Необхідність цього кроку зумовлена також тією обставиною, що диспозиціями статей 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК охоплюється вчинювана загальним суб'єктом «активна» корупція, тобто обіцянка, пропозиція і надання неправомірної вигоди. Якщо законодавче визначення поняття корупції (ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р.) включає в себе як «активну», так і «пасивну» корупцію, то дефініція корупційного правопорушення, яке *de lege ferenda* має розглядатись як родове поняття щодо поняття корупційного злочину (останній логічно визнавати одним із видів корупційних правопорушень), охоплює поведінку лише так званих пасивних корупціонерів, тобто осіб, перерахованих в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р. Принагідно зауважу, що подібна вада притаманна визначенню поняття корупційного злочину, яким В.І. Осадчий пропонує доповнити КК [8, с. 14, 25], а також підходу А.В. Савченка і В.А. Мисливого, які однією з ознак корупційного злочину називають вчинення його спеціальним суб'єктом [2, с. 59; 7, с. 116–117].

Чинними редакціями статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК передбачено відповідальність не лише за прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди та її одержання, а і за прохання надати неправомірну вигоду. Однак згадування про такий різновид корупційної поведінки невинувато відсутнє у визначенні поняття корупції, закріпленому в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., що зайвий раз переконує в тому, що і це визначення доцільно вдосконалити. Якщо мова вже зайшла про прохання надати неправомірну вигоду, то не буде зайвим сказати, що це прохання, так би мовити, за визначенням не може характеризувати поведінку того, хто намагається підкупити службову особу юридичної особи приватного права та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Вказівка на таке прохання в ч. 1 ст. 368-3 і ч. 1 ст. 368-4 КК є законодавчою помилкою, що потребує усунення шляхом перенесення звороту «прохання надати неправомірну вигоду» до тих частин згаданих статей КК, у яких йому насправді місце.

Законодавчим визначенням поняття корупції чомусь не охоплюється обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди з метою схилити відповідного суб'єкта до правомірного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей у той час, як вказана поведінка вважається складовою корупційних злочинів, караних за статтями 354, 368-3, 368-4, 369 КК. З цього приводу Н.М. Ярмиш зазначає, що жодна стаття КК із тих, де йдеться про надання-одержання неправомірної вигоди, не містить ознак, з яких би випливало, що за неправомірну вигоду очікується вчинення саме протиправного діяння [3, с. 161].

Утім, у випадку зі ст. 368-3 КК «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» ситуація позбавлена однозначності. Наразі для наявності складу злочину, передбаченого ч. 3 цієї статті, не має значення, за виконання яких (законних чи незаконних) діянь суб'єкт одержує неправомірну вигоду (приймає пропозицію або обіцянку такої вигоди). Тобто неправомірну вигоду службовій особі юридичної особи приватного права можуть надавати, пропонувати, обіцяти (а вона її одержує, приймає відповідну пропозицію, обіцянку) за правомірні діяння, що впливають з її службових повноважень (наприклад, за укладання цивільно-правового або трудового договору, надання відпустки, призначення на більш оплачувану посаду, видачу кредиту). Однак такий підхід суперечить відповідним міжнародно-правовим рекомендаціям: і в статтях 7, 8 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією (назви статей – «Дача хабара у приватному секторі», «Одержання хабара у приватному секторі», відповідно), і в ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (назва статті – «Підкуп у приватному секторі») наголошується на тому, що поведінка суб'єкта «пасивного» підкупу, за яку одержується неправомірна вигода, має означати порушення обов'язків такого суб'єкта. З цього приводу в п. 56 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією зазначається, що в приватному секторі згадане порушення обов'язків є обов'язковою кваліфікуючою ознакою; це і виправдовує включення корупції в приватному секторі в число злочинів. Разом з тим наведене в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. визначення поняття корупції має відображати не міжнародно-правові рекомендації, до яких Україна могла і не дослухатись, а стан речей, зафіксований у чинних редакціях статей КК про відповідність за корупційні злочини.

Ще одним проявом неузгодженості між переліком корупційних злочинів і законодавчим визначенням поняття корупції є те, що статтею 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. не охоплюються обіцянка, пропозиція і надання неправомірної вигоди належному суб'єкту без ознак підкупу, хоча відповідно до диспозицій статей 354, 368-3, 368-4, 369 КК, згаданих у примітці ст. 45 КК, така корупційна поведінка визнається злочинною.

По-третє, вадою примітки ст. 45 КК є не лише показана вище безпідставність віднесення деяких злочинів до числа корупційних, а і не зовсім зрозуміле невизнання корупційними злочинів, які з урахуванням їхньої суті, що кореспондує ознакам законодавчих понять «корупційне правопорушення» і «корупція», мали б бути визнані такими. Ураховуючи відповідні законодавчі визначення та ознаки понять «корупційне правопорушення» і «корупція» (спеціальний суб'єкт – особа, зазначена в базовому антикорупційному законі; суб'єктивна сторона – умисна форма вини і спеціальна мета – одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб; об'єктивна сторона – діяння у вигляді використання суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення наданих йому службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей), П.П. Андрушко зазначає, що корупційним злочином має визнаватися будь-яке діяння, склад якого передбачений в Особливій частині КК та яке має зазначені ознаки [12, с. 26]. Про це саме ведуть мову В.М. Куц та Я.О. Триньова, слушно звертаючи, поміж іншого, увагу на те, що законодавчий перелік корупційних злочинів не повинен бути вичерпним, оскільки такий підхід не враховуватиме існування прогалів і зумовлених ними законодавчих змін [13, с. 35; 14, с. 124–125].

De lege lata відсутність у примітці ст. 45 КК тієї чи іншої статті Особливої частини КК означає, що вчинення передбаченого нею злочину не повинно тягнути за собою спеціальних негативних наслідків, встановлених Загальною частиною КК для тих, хто вчинив корупційні злочини. Як слушно зазначається в літературі, закріплений у примітці ст. 45 КК перелік корупційних злочинів є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає [10, с. 396]. У результаті особа, яка вчинила злочин, що фактично є корупційним, цілком легально уникає спеціальних правових наслідків, встановлених для корупціонерів.

Має рацію В.А. Мисливий, на думку якого при подальшому пошуку оптимальної моделі корупційних злочинів треба враховувати, що корупція як негативне і небезпечне явище стосується значно більшого сегмента суспільно небезпечних посягань (злочинів проти прав і свобод людини і громадянина, злочинів у сфері господарської діяльності, злочинів проти правосуддя тощо), що має бути враховано кримінальним законом [7, с. 117]. Заслужують на підтримку доктринальні пропозиції, спрямовані на розширення законодавчого переліку корупційних злочинів щонайменше за рахунок корисливих злочинів, вчинюваних службовими особами з використанням свого службового становища (це, зокрема, ч. 2 ст. 149, ч. 3 і ч. 4 ст. 157, ч. 4 ст. 158, ч. 2 ст. 169, ч. 3 ст. 176, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 201, ч. 3 ст. 206-2, ч. 2 ст. 375 КК), а також злочину, передбаченого ст. 369-3 КК «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань» [1, с. 27; 6, с. 29–30]. Взагалі для того, щоб у черговий раз «не забути» включити у відповідний перелік норму про певний злочин і надати

в розпорядження правозастосувача більш-менш чіткий нормативний орієнтир, слід ретельно проаналізувати на предмет наявності корупційної складової всю Особливу частину КК.

Проблему визначення в КК переліку злочинів, які лише за певних умов можуть визнаватись корупційними (інакше кажучи, йдеться злочини, в яких ознаки корупції є факультативними), можна розв'язати шляхом включення після наведення статей КК про «умовно корупційні» («обмежено корупційні») злочини відсилки до ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., де міститимуться уточнені дефініції понять «корупційне правопорушення» і «корупція». Лише при встановленні та належному процесуальному закріпленні ознак корупції вказані злочини бути визнані корупційними з усіма наслідками, що з цього випливають. За такого варіанту вдосконалення КК не буде потреби в ініційованих В.М. Киричком змінах КПК України, які «за своїм змістом регулювали б вирішення питання про визнання конкретного діяння корупційним у всіх випадках його вчинення і забезпечували захист будь-якої особи від безпідставного звинувачення у вчиненні такого діяння» [9, с. 16, 27].

Схожу позицію обстоює В.І. Осадчий, який, виходячи з неможливості навести в КК вичерпний перелік корупційних злочинів, висловлюється за те, щоб включити в КК лише визначення поняття корупційного злочину, а в КПК закріпити обов'язок слідчого і суду встановлювати, чи підпадає конкретне діяння під ознаки корупційного злочину [8, с. 25]. З урахуванням серйозності тих негативних кримінально-правових наслідків, які мають наставати у випадку вчинення корупційного злочину, і необхідності забезпечення законності та однаковості правозастосовної діяльності викладену позицію сприйняти складно. Врешті-решт український законодавець має достатні ресурси (сподіваюсь – і мудрість) для того, щоб здійснити якісний моніторинг Особливої частини КК з метою виокремлення корупційних злочинів різних видів і, відповідно, не покладати цілковито на розсуд правозастосувача вирішення питання про встановлення в конкретному посяганні корупційної складової.

1. Настільна книга детектива, прокурора, судді : коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка – К. : ВД «Дакор», 2016. – 496 с.
2. Савченко А. Актуальні питання кримінальної відповідальності за корупційні злочини / А. Савченко // Право України. – 2015. – № 12. – С. 58–68.
3. Ярмиш Н. М. Щодо відповідності поняттю корупційного правопорушення злочинів, передбачених статтею 45 Кримінального кодексу України / Н. М. Ярмиш // Юридичний вісник. – 2015. – № 3. – С. 158–162.
4. Мельник М. І. Корупційні злочини / М. І. Мельник // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2. – С. 355–357.
5. Настюк В. Проблеми адміністративної та кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення в Україні / В. Настюк, Г. Крайник // Право України. – 2015. – № 12. – С. 48–57.
6. Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навч. посіб. / А. В. Савченко. – К. : Центр учбової літератури, 2016. – 168 с.
7. Мисливий В. А. Антикорупційна політика у кримінально-правовому вимірі / В. А. Мисливий // Міжнародний журнал «Право і суспільство» / за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В. А. – Випуск 2. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2015. – С. 114–119.
8. Осадчий В. І. Корупційні злочини : монографія / В. І. Осадчий. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2016. – 82 с.
9. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
10. Тютюгін В. І. Поняття та ознаки корупційних злочинів / В. І. Тютюгін, К. С. Косінова // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 1. – С. 388–396.
11. Дудоров О.О. Зловживання впливом : у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону / О. О. Дудоров // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 3. – С. 136–178.
12. Андрушко П. П. Поняття корупційного злочину, ознаки його складу / П. П. Андрушко // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 16–29 с.
13. Куц В. Поняття корупційних злочинів та їх види / В. Куц, Я. Триньова // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 4. – С. 32–36.
14. Куц В. М. Деякі дискусійні аспекти кримінально-правового забезпечення протидії корупції в Україні / В. М. Куц // Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 29-30 січня 2016 р. / за заг. ред. Т. О. Коломоєць. – Запоріжжя : ЗНУ, 2016. – С. 124 – 126.

ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ НОТАРІУСА У КОНТЕКСТІ НОВЕЛ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ¹

Не є секретом, що досить тривалий час у вітчизняній юридичній літературі ведеться дискусія навколо питання про кримінально-правовий статус нотаріусів, яких на сьогодні віднесено до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Кінець цим дискусіям мало покласти нове антикорупційне законодавство і передусім Закон України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон від 7 квітня 2011 р.). На жаль, цього не сталося. Вирішуючи низку концептуальних питань (зокрема, щодо кримінально-правового статусу нотаріуса), цей Закон водночас привніс до Кримінального кодексу України (далі – КК) низку колізій, а деякі важливі проблеми, що потребували однозначного розв'язання, залишив поза увагою.

Враховуючи те, що реформування антикорупційного законодавства України є незавершеним, а окремі положення цього законодавства повною мірою не відповідали стандартам, передбаченим Конвенцією ООН проти корупції, Кримінальною конвенцією про боротьбу з корупцією, Додатковим протоколом до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також рекомендаціям Групи держав Ради Європи проти корупції та інших міжнародних інституцій, 18 квітня 2013 р. було ухвалено Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» (далі – Закон від 18 квітня 2013 р.).

Розглянемо, наскільки вдало визначено кримінально-правовий статус нотаріуса у вітчизняному антикорупційному законодавстві. Але, перш ніж зробити це, у стислому вигляді пригадаємо, як вирішувалося поставлене питання до набрання чинності законами від 7 квітня 2011 р. і 18 квітня 2013 р. І в практичній діяльності, і в науковій літературі з питання про визнання нотаріуса службовою особою точилися дискусії, які так і не знайшли свого однозначного вирішення. Вельми показовим у зв'язку з цим було формулювання питання, поставленого через неоднозначність відповідної судової практики керівництвом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ перед членами НКР цього Суду. Йшлося про те, чи є, зокрема, нотаріус суб'єктом злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України, викладеним у редакції Закону від 7 квітня 2011 р., а так само до набрання чинності цим Законом.

З урахування того, що діяльність нотаріуса (як державного, так і приватного) пов'язана з реалізацією повноважень на вчинення юридично значущих дій, здатних породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, а так само з видачею документів, які надають права або звільняють від обов'язків, окремі автори відносили нотаріусів до службових осіб [1]. Фактично тут йшлося про окремий випадок виконання організаційно-розпорядчих обов'язків, не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками.

Показово, що в російській юридичній літературі (у контексті кримінально-правової оцінки юридично значущої діяльності так званих професіоналів) під організаційно-розпорядчими розуміються не лише «внутрішньослужбові» повноваження з управлінням підлеглими (колективом, галуззю, органом, установою), а і повноваження з наділення інших осіб, включаючи юридичних, правами та обов'язками, а так само зі зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення. Стверджується також, що організаційно-розпорядчі функції державних нотаріусів виражаються у вчиненні ними дій, що мають юридичне значення і тягнуть за собою певні юридичні наслідки (посвідчення правочинів, видача різноманітних свідоцтв тощо). З метою усунення необґрунтованої диференціації кримінальної відповідальності різних суб'єктів нотаріальної діяльності пропонується зрівняти їх кримінально-правовий статус, визнавши приватних нотаріусів службовими особами [2]. Інколи нотаріуса пропонувалось і пропонується визнавати представником влади як різновидом службової особи [3]. Траплялись випадки визнання нотаріусів службовими особами і в правозастосовній діяльності, коли слідчі і судді виходили з того, що нотаріуси виконують організаційно-розпорядчі обов'язки за спеціальним повноваженням – на підставі свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Так, у вирокі одного з районних судів м. Львова зазначалось, що приватний нотаріус С., маючи надані Законом України «Про нотаріат» та Інструкцією Міністерства юстиції України про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України організаційно-розпорядчі повноваження щодо посвідчення прав, а також фактів, що мають юридичне значення, та вчинення інших нотаріальних дій, не перевірила дієздатності потерпілого К., не витребувала документів, які б вказували на хворобу останнього, і нотаріально посвідчила та внесла в реєстр доручення. На його підставі Б. отримав повноваження розпоряджатися, користуватися та управляти всім майном, належним К., хоча той такого доручення надавати не хотів і надав його лише тоді, коли щодо нього вчинили злочин Б., К.Ю., В. та р. Унаслідок цих діянь нотаріуса потерпілому К. було заподіяно матеріальну

¹ Стаття написана в співавторстві з Г.М. Зеленовим та опублікована: Довідник нотаріуса. – 2014. – № 2. – С. 78–95.

шкоду у розмірі 13951,93 грн., а також шкоду у вигляді спроби незаконно відчужити його квартиру вартістю 16036 грн., що у сукупності є тяжкими наслідками. Таким чином, приватний нотаріус С. вчинила службову недбалість – злочин, передбачений ч. 2 ст. 367 КК України [4].

Натомість П.П.Андрушко та А.А.Стрижевська писали, що нотаріуса (як приватного, так і державного, оскільки відмінність між ними полягає лише в обсязі повноважень і формах оплати вчинюваних дій у той час, як правові наслідки їх дій однакові) не слід було визнавати службовою особою з погляду примітки до ст. 364 КК. Стверджувалось, що нотаріус не виконує організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків ні постійно, ні тимчасово, ні за спеціальним повноваженням у розумінні, викладеному у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України. Хоча нотаріус і приймає рішення, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їхньої відомчої належності чи підлеглості, повноваження щодо їх прийняття покладають на нього не правомочний орган або службова особа в установленому законом порядку, а безпосередньо закон [5]. Наведена позиція та її обґрунтування імпонували багатьом вітчизняним дослідникам, частина з яких ставила питання про запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання нотаріусів [6].

Узагальнивши наявні в юридичній літературі позиції, що стосуються визначення кримінально-правового статусу нотаріуса, Р.Л. Максимович поділив їх (позиції) на декілька груп: 1) державні і приватні нотаріуси визнавались службовими особами; 2) державних і приватних нотаріусів пропонувалось не зараховувати до службових осіб; 3) лише державні нотаріуси визнавались службовими особами (статус приватних нотаріусів не з'ясовувався); 4) приватних нотаріусів пропонувалось розглядати як службових осіб (статус державних нотаріусів не визначався); 5) приватні нотаріуси не визнавались службовими особами (статус державних нотаріусів не було з'ясовано); 6) державних і приватних нотаріусів пропонувалось відносити до посадових осіб [7]. Висловлена Р.Л. Максимовичем думка про визнання службовою особою (за ознакою виконання адміністративно-господарських обов'язків) нотаріуса під час виконання останнім функцій податкового агента зазнавала аргументованої критики у літературі [8].

На користь того, що нотаріуса, вочевидь, не слід було визнавати службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття і можна було притягувати до відповідальності хіба що за ст. 358 КК «Підrobлення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підrobлених документів», свідчить та обставина, що на підставі Закону від 7 квітня 2011 р. цю категорію осіб не віднесено до службових осіб. КК України не містив і не містить положення, подібного до п. 4 ст. 4 КК Республіки Білорусь. Відповідно до цієї норми службовими особами (поряд із тими, хто виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки) визнаються і ті особи, які у встановленому порядку уповноважені на вчинення юридично значущих дій.

Враховуючи специфічний статус нотаріусів, український законодавець виділив їх (поряд із деякими іншими особами) в окрему категорію суб'єктів – осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Ці законодавчі зміни, крім усього іншого, спрямовані на те, щоб об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки діяльності яких у теоретиків і практиків виникали суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні.

З огляду на пряму вказівку законодавця, нотаріуси, не визнаючись наразі, за загальним правилом, службовими особами, виступають суб'єктами злочинів, передбачених, зокрема, ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» і ч. 3 – 4 ст. 368-4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги». За таких обставин викликає щонайменше здивування висловлювання одного з приватних нотаріусів Київського міського нотаріального округу про те, що «У КК України немає жодної статті про злочин, спеціальним суб'єктом якого був би нотаріус» [9].

Першою серед кримінально-правових норм, на які пропонуємо звернути предметну увагу, є ст. 365-2 КК. Вона, серед іншого, передбачає відповідальність за зловживання своїми повноваженнями нотаріусом з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. Відсутність такої істотної шкоди означає, що вчинене нотаріусом зловживання повноваженнями слід розцінювати не як кримінально каране діяння, а як дисциплінарне, адміністративне або цивільно-правове правопорушення. Так, до нотаріусів, які допустили протиправне невиконання або неналежне виконання своїх трудових та професійних обов'язків, можуть бути застосовані такі дисциплінарні стягнення, як зупинення або припинення нотаріальної діяльності приватного нотаріуса (ч. 4 ст. 33 Закону України «Про нотаріат»), анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю через неодноразове порушення нотаріусом чинного законодавства при вчиненні нотаріальних дій або грубого порушення закону, яке завдало шкоди інтересам держави, підприємств, установ, організацій, громадян (п. «е» ч. 1 ст. 12 Закону), або через знищення нотаріусом або з його вини архіву нотаріуса або окремих документів (п. «и» ч. 1 ст. 12 Закону), або через розголошення відомостей, які становлять нотаріальну таємницю (п. «ж» ч. 1 ст. 12 Закону), тощо.

Варто враховувати і те, що зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, віднесено до злочинів, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, тобто

воно може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого. До речі, та обставина, що в ст. 477 КПК України 2012 р. розглядуваний злочин за порядком кримінального провадження, так би мовити, прирівняний не до зловживання владою або службовим повноваженням (ст. 364 КК), а до зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1 КК), явно не узгоджується з ідеєю послідовної кримінально-правової охорони нормального функціонування публічної управлінської сфери.

У літературі зустрічається точка зору, згідно з якою відсутність вказаних у ч. 1 ст. 365-2 КК суспільно небезпечних наслідків може свідчити про незакінчений злочин за умови спрямованості діяння на досягнення цих наслідків [10]. Із таким підходом погодитись складно. На наш погляд, вирішуючи це питання кваліфікації, слід виходити з положення про неможливість існування стадії замаху у випадку, коли законодавець пов'язує кримінальну відповідальність із настанням певних суспільно небезпечних наслідків, вказаних у диспозиції норми Особливої частини КК (як це і зроблено у ч. 1 ст. 365-2 КК), яких у конкретній ситуації фактично не спричинено.

Під зловживанням повноваженнями з погляду кваліфікації за ст. 365-2 КК слід розуміти протиправне використання нотаріусом наданих йому повноважень у зв'язку з проведенням професійної діяльності з надання публічних послуг. Таким чином, кримінально караним зловживанням визнається діяння нотаріуса, обумовлене: 1) його професійною діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг; 2) наданими нотаріусу повноваженнями. Злочинне діяння вчиняється у межах наданих винній особі повноважень, що, правда, всупереч тим цілям, заради досягнення яких вона ними наділяється.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 34 Закону України «Про нотаріат» в редакції Закону від 11 серпня 2013 р. нотаріуси вчиняють такі нотаріальні дії: посвідчують правочини (договори, заповіти, довіреності тощо); вживають заходів щодо охорони спадкового майна; видають свідоцтва про право на спадщину; видають свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя; видають свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів); видають свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися; провадять опис майна фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою або місце перебування якої невідоме; видають дублікати нотаріальних документів, що зберігаються у справах нотаріуса; накладають заборону щодо відчуження нерухомого майна (майнових прав на нерухоме майно), що підлягає державній реєстрації; вчиняють виконавчі написи тощо.

При кваліфікації фактів зловживання нотаріусами своїми повноваженнями вчинене потрібно спочатку оцінювати з позиції законодавства про нотаріат, яке відіграє роль бланкетної складової відповідної кримінально-правової заборони, і лише після того, як буде встановлено незаконність дій (бездіяльності) нотаріуса, останні мають оцінюватись з точки зору КК [11].

Необхідно звернути увагу на те, що явний вихід нотаріуса за межі наданих йому повноважень, незважаючи на те, що і таке діяння спроможне завдати істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам або інтересам, не може кваліфікуватись за чинною редакцією ст. 365-2 КК. Річ у тім, що у нашому КК, на відміну від розрахованих на службових осіб кримінально-правових заборон (маються на увазі ст. 365 КК «Перевищення влади або службових повноважень» і ст. 365-1 КК «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми»), відсутня норма про відповідальність за перевищення повноважень особами, які надають публічні послуги. З приводу доречності викладеного (обмежувального) тлумачення термінологічного звороту «зловживання повноваженнями» в юридичній літературі слушно зазначається: «Такий підхід відповідає принципу верховенства права, змістом якого є, зокрема, правова визначеність, і принципу законності, відповідно до якого, зокрема, застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено» [12]. Водночас у фаховій літературі ставиться питання про запровадження адміністративної та кримінальної відповідальності не лише за зловживання нотаріусом повноваженнями, а і за їх перевищення (наприклад, у випадку вчинення нотаріусом нотаріальної дії, яка підлягає вчиненню іншим нотаріусом, що логічно вважати перевищенням повноважень, а не їх зловживанням) [13].

Разом з тим слід враховувати, що у розглядуваних випадках нотаріус все ж може підлягати кримінальній відповідальності – за умови, що в його поведінці вбачаються ознаки складів інших злочинів. Наприклад, у ст. 9 Закону України «Про нотаріат» закріплені певні обмеження, відповідно до яких нотаріус не вправі вчиняти нотаріальні дії на своє ім'я і від свого імені, на ім'я і від імені свого чоловіка чи своєї дружини, його (її) та своїх родичів (батьків, дітей, онуків, діда, баби, братів, сестер), а також на ім'я і від імені працівників певної нотаріальної контори, працівників, які перебувають у трудових відносинах з приватним нотаріусом. Якщо в результаті вчинення цих і подібних їм дій як складової шахрайства, вимагання, привласнення майна тощо буде завдано істотної майнової шкоди правоохоронюваним інтересам, нотаріус може нести кримінальну відповідальність за вчинення того чи іншого злочину проти власності.

Поряд з цим нотаріуси можуть виконувати організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Так, відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону «Про нотаріат» державну нотаріальну контору, що є юридичною особою, очолює завідувачий, який призначається із числа осіб, які мають свідоцтво про право на зайняття

нотаріальною діяльністю. У зв'язку з цим завідувач державної нотаріальної контори виконує організаційно-розпорядчі (щодо співробітників контори) та адміністративно-господарські (щодо майна контори) функції і в цій частині є службовою особою юридичної особи публічного права – суб'єктом злочинів, передбачених ст. ст. 364 «Зловживання владою або службовим становищем», 365 «Перевищення влади або службових повноважень», 366 «Службове підроблення», 367 «Службова недбалість», 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», 368-2 «Незаконне збагачення», 370 «Провокація підкупу» КК.

Приватний нотаріус може створити робоче місце (контору) з додержанням вимог, передбачених ст. 25 Закону «Про нотаріат». У цьому випадку приватний нотаріус виконує організаційно-розпорядчі функції щодо технічного персоналу контори. Проте нести кримінальну відповідальність як службова особа він, на нашу думку, може лише на підставі ст. ст. 366 «Службове підроблення», 367 «Службова недбалість», 370 «Провокація підкупу» КК, оскільки робоче місце (контора) приватного нотаріуса не має статусу юридичної особи, а приватний нотаріус виконує вказані функції за спеціальним повноваженням, яким він наділяється законом (відповідно до ч. 9 ст. 24 Закону «Про нотаріат» приватний нотаріус вправі мати контору, укладати цивільно-правові та трудові договори тощо).

Водночас не виключені випадки, коли нотаріус (як державний, так і приватний) може визнаватися службовою особою юридичної особи приватного права. Так, ст. 16 Закону «Про нотаріат» передбачає можливість створення Нотаріальної палати України – неприбуткової юридичної особи, членами якої можуть бути особи, котрі отримали свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Відповідно до Статуту цієї організації відповідні її керівники визначають порядок придбання і реалізації, зберігання і витрачання матеріальних цінностей. Отже, в цьому випадку нотаріуси можуть виконувати адміністративно-господарські функції та, відповідно, мають визнаватися службовими особами юридичної особи приватного права. За таких обставин вони є суб'єктами злочинів, передбачених ст. ст. 364-1 «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 365-1 «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 366 «Службове підроблення», 367 «Службова недбалість», 368-3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 370 «Провокація підкупу» КК.

Окремо слід зупинитися на досить неоднозначному застереженні, яке міститься в ч. 1 ст. 365-2 КК, відповідно до якого зловживання повноваженнями може бути здійснено «іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг...». На думку М.І. Хавронюка, таку неуніфікованість термінології слід розглядати як помилку законодавця, що підлягає виправленню. При цьому науковець, аналізуючи ч. 1 ст. 365-2 КК, зазначає, що особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги, крім осіб, прямо перелічених у цій нормі, включаючи нотаріуса, є особи, для яких характерна сукупність таких ознак: 1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і 2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг [14].

Аналізуючи згадане вище застереження, П.П. Андрушко зазначає, що публічні послуги, які надаються особами, вказаними у ст. ст. 365-2 і 368-4 КК, у зв'язку зі здійсненням ними професійної діяльності з їх надання, можуть надаватися у випадках, передбачених законом, і певними категоріями службових осіб. Наприклад, згідно із Законом «Про нотаріат» нотаріальні дії, крім нотаріусів, можуть вчинюватися також посадовими особами органів місцевого самоврядування. У подібних випадках при посвідченні заповітів (крім секретних), довіреностей, доручень, які прирівнюються до нотаріально посвідчених, посадові особи, які повноваженнями на їх посвідчення наділені Законом «Про нотаріат», діють як представники влади чи місцевого самоврядування – як особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а не як особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Особи, які надають певні публічні послуги не на професійній основі, а у зв'язку з покладенням на них законом обов'язку вчиняти певні дії, які за змістом мають ознаки публічних послуг, не можуть визнаватися суб'єктами злочинів, передбачених ст. ст. 365-2 і 368-4 КК. За вчинення дій, передбачених ст. ст. 365-2 та 368-4 КК, зазначені особи, якщо такі дії вчинені ними у зв'язку зі здійсненням функцій представника влади чи місцевого самоврядування, мають нести відповідальність за ст. ст. 364, 365, 368, 368-2 КК [15].

Підтримуючи позицію П.П. Андрушка та будучи прибічниками буквального тлумачення кримінального закону і матеріально-правового характеру конституційного імперативу «усі сумніви – на користь особи», вважаємо, що суб'єктами караного за ст. 365-2 КК зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, можуть бути як державні, так і приватні нотаріуси. По-перше, аналізоване застереження в тексті цієї статті КК вжито після слова «нотаріусом», а тому, на наше переконання, не розповсюджується на будь-яких нотаріусів. По-друге, у диспозиції ст. 365-2 КК використовується єдиний термін «нотаріус» без поділу цього суб'єкта на

державного і приватного нотаріуса, як це зроблено, наприклад, у ч. 1 ст. 358 КК. По-третє, як слушно зазначає Міністерство юстиції України у своєму листі від 29 вересня 2011 року № К-32004-13.1, поділ нотаріусів на державних і приватних обумовлений не характером їх обов'язків, а особливостями внутрішньої організації і фінансового забезпечення нотаріальної діяльності.

При цьому слід враховувати, що за чинної редакції ч. 1 ст. 365-2 КК за межі цієї кримінально-правової заборони виведені певні особи, які наділені повноваженнями на вчинення окремих нотаріальних дій та які, відповідно, можуть зловживати такими повноваженнями. До цих осіб слід віднести посадових осіб органів місцевого самоврядування, консульських установ України, головних лікарів, їх заступників з медичної частини, начальників госпіталів, директорів або головних лікарів будинків для осіб похилого віку та інвалідів, командирів (начальників) військових частин, начальників установ виконання покарань тощо. Вирішуючи питання про кваліфікацію діянь таких осіб, які за вчинення окремих нотаріальних дій можуть одержувати неправомірну вигоду, слід, як вже зазначалось, виходити з тези про трансформацію нотаріальних дій як певних публічних послуг у владні повноваження, а також з того, що у ст. 365-2 КК суб'єктом злочину названо саме нотаріуса, а не особу, уповноважену вчиняти нотаріальні дії.

Як слушно зазначається у літературі, в основі поняття «нотаріус» лежить право особи на зайняття нотаріальною діяльністю, що відрізняє нотаріуса від інших осіб, які вчиняють нотаріальні дії. Зокрема, відмінні від нотаріуса особи, уповноважені посвідчувати заповіти і довіреності, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, не охоплюються поняттям нотаріуса як спеціального суб'єкта злочину, передбаченого ст. 365-2 КК [16].

Не можна залишити поза увагою ту обставину, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу злочину, караного за ст. 365-2 КК, є мета – одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Як вважають фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, вказівка на мету у цьому разі є невиправданою. Адже аналіз цієї кримінально-правової норми свідчить про те, що у випадку, коли відповідна особа не ставитиме за мету отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, то навіть якщо її діями буде заподіяно істотну шкоду, ці дії не охоплюватимуться складом розглядуваного злочину. На думку парламентських експертів, у цьому випадку більш доцільно говорити про мотив, наприклад, як це передбачено ст. 364 КК [17]. Утім, враховуючи, що зміни до антикорупційного законодавства призвели до криміналізації низки діянь у тому числі у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, не виключено, що вказаний спосіб конструювання суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 365-2 КК, – цілком свідомо позиція законодавця.

Отже, виходить, що, якщо нотаріус, зловживаючи наданими йому повноваженнями, буде керуватися не корисливими, а іншими спонуканнями (наприклад, помста, заздрість, родинна або дружня підтримка), то слід робити висновок про відсутність в його об'єктивно незаконній поведінці складу злочину, передбаченого ст. 365-2 КК. Про те, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу цього злочину виступає корисливий мотив, говориться і в одному з науково-практичних коментарів КК [18].

Оскільки зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, є умисним злочином, скоєне з необережності неналежне виконання нотаріусом покладених на нього обов'язків при вчиненні нотаріальних дій (наприклад, нотаріус через неухважність не помітив закінчення строку дії або підроблення документа, на підставі якого вчиняється нотаріальна дія) унеможлиблює інкримінування нотаріусу ст. 365-2 КК.

Ще одна кримінально-правова заборона, яка безпосередньо стосується нотаріусів, закріплена у ч. 3 ст. 368-4 КК. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого цією нормою, полягає в одержанні особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (у тому числі нотаріусом), неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи.

Поверховий аналіз наведеної норми КК створює хибне враження про те, що нотаріуси можуть нести кримінальну відповідальність за одержання оплати за свою діяльність. Не однак слід забувати, що обов'язковою ознакою неправомірної вигоди є те, що її обіцяють, пропонують або надають без законних на те підстав (про це прямо зазначається у ч. 1 примітки до ст. 354 КК). Так, приватний нотаріус, який має право займатися нотаріальною діяльністю, за вчинення нотаріальних дій справляє плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом і фізичною або юридичною особою, що, звичайно, не суперечать вимогам чинного законодавства і не може утворювати складу злочину. «Якщо сторони доходять до компромісу стосовно вартості послуг, то вигода вже ніяк не може бути неправомірною» [19].

У ч. 3 ст. 368-4 КК йдеться саме і тільки про одержання неправомірної вигоди за виконання або невиконання дій з використанням наданих у тому числі нотаріусу повноважень. На відміну від ст. 368 КК, у ст. 368-4 КК не встановлено самостійної кримінальної відповідальності за прийняття належним суб'єктом пропозиції чи обіцянки надати неправомірну вигоду. Як бачимо, криміналізація прийняття певною особою пропозиції чи обіцянки надання йому або третій особі неправомірної вигоди носить вибірковий характер: відповідальність

за вчинення зазначених дій, зокрема, у ст. 368-4 КК відсутня при тому, що у частині 1 цієї статті, крім всього іншого, передбачено караність пропозиції неправомірної вигоди особі, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Проаналізувавши законопроект, згодом ухвалений як Закон від 18 квітня 2013 р., народні депутати України – члени Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України, зазначили, що у цьому законопроекті виключені пропоновані Урядом зміни до ст. 368-3 і ст. 368-4 КК України щодо криміналізації «обіцянки неправомірної вигоди» та «прийняття обіцянки неправомірної вигоди». Це виключатиме можливість тиску на бізнес у приватному секторі, оскільки подібна ініціатива створила б можливості для зловживань з боку правоохоронних органів. Утім, не зовсім зрозуміло, яке відношення до бізнесу в приватному секторі мають особи, які надають публічні послуги, а отже, чому самотійна відповідальність за прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди не була закріплена у ст. 368-4 КК, удосконалений на підставі Закону від 18 квітня 2013 р.

Поняття «використання наданих повноважень» з погляду кваліфікації за ст. 368-4 КК обмежується діями у межах компетенції нотаріуса. Наприклад, дією, за виконання якої нотаріус може отримати неправомірну вигоду, може бути засвідчення вірності копій документа без наявного оригіналу, вчинення нотаріальної дії «заднім числом», посвідчення заповіту за відсутності паспорту заповідача або накладення заборони відчуження майна без належних підтверджень наявного зобов'язання. Звернемось до матеріалів судової практики.

В. незаконно отримав від Б. неправомірну вигоду у вигляді 250 доларів США за посвідчення фіктивної довіреності, якою Г. уповноважував Б. управляти і розпоряджатися від його імені належним йому на підставі свідоцтва про реєстрацію транспортним засобом, хоча фактично Г. в місті в цей день не перебував. Діючи умисно, В. надалі підбурив нотаріуса А. до вчинення злочину, вмовивши її за неправомірну вигоду за відсутності довірителя Г. внести в спеціальний бланк нотаріального документа завідомо неправдиві відомості щодо волевиявлення довірителя, вчинити від його імені підпис і зареєструвати в реєстрі вчинюваних нотаріальних дій, надаючи у такий спосіб вказаному фіктивному документу ознак справжності. При цьому були порушено ст. 43 Закону «Про нотаріат», якою заборонено вчинення нотаріальної дії у випадку відсутності осіб – її учасників або їх уповноважених представників, Інструкцію про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, якою передбачено обов'язок нотаріуса відмовляти у вчиненні нотаріальної дії у випадку її невідповідності законодавству України, встановлювати особу учасників цивільних відносин, які особисто звернулися за вчиненням нотаріальних дій. Своїми умисними діями, які виразились у підбурюванні нотаріуса А., яка є особою, що здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, до вчинення дій в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, В. вчинив злочин, передбачений ч. 4 ст. 27, ч. 3 ст. 368-4 КК [20].

Слід враховувати, що сам факт виконання або невиконання дій з використанням наданих нотаріусу повноважень знаходиться поза межами формального складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-4 КК, і на кваліфікацію за цією кримінально-правовою нормою не впливає. Крім того, з огляду на вказівку законодавця, одержання нотаріусом неправомірної вигоди за виконання або невиконання дій, які виходять за межі наданих нотаріусу повноважень, не утворює складу злочину «підкуп особи, яка надає публічні послуги». Говорити про кримінальну відповідальність у цьому разі можна лише тоді, коли такі дії утворюють склад іншого, відмінного від передбаченого ст. 368-4 КК, злочину (наприклад, описаного у ст. 358 КК).

Прямо вказуючи на нотаріуса як на одного із суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-4 КК, законодавець не закріпив в цій частині статті (на відміну від ч. 1 ст. 365-2 КК) розглянуте вище спірне застереження «іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг...». У ч. 3 ст. 368-4 КК спочатку наводиться приблизний (незакритий), але конкретизований перелік осіб, які є суб'єктами одержання неправомірної вигоди, а потім вказується на те, що до цих суб'єктів належать і інші особи, здійснення професійної діяльності яких може бути пов'язане з наданням публічних послуг.

Аналізуючи ч. 3 ст. 368-4 КК, викладеної у редакції Закону від 7 квітня 2011 р., М.І. Хавронюк слушно зазначав, що особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, відповідає за ч. 3 або ч. 4 ст. 368-4 КК, якщо вона одержала неправомірну вигоду за вчинення діянь виключно в інтересах особи, яка її надає чи передає. Інакше кажучи, диспозиція ч. 3 ст. 368-4 КК сконструйована таким чином, що, якщо зазначені діяння вчинювались в інтересах третіх осіб, діяння не може кваліфікуватися за цією нормою. За умови, що одержання неправомірної вигоди було пов'язане із зловживанням відповідним суб'єктом своїми повноваженнями і завдало істотної шкоди, воно може бути кваліфіковане за ст. 365-2 КК [21]. З цього приводу ми раніше зазначали, що, наприклад, якщо особа надасть неправомірну вигоду нотаріусу за вчинення нотаріальних дій на користь її родича, вона підлягатиме відповідальності за ч. 1 або ч. 2 ст. 368-4 КК; водночас у діях нотаріуса буде відсутній склад злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) цієї статті [22].

Закон від 18 квітня 2013 р. усунув цю ваду. Зараз у ч. 3 ст. 368-4 КК чітко передбачено, що особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, одержує неправомірну вигоду за вчинення

дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи. Видається, що за рахунок вказівки на третіх осіб український законодавець легалізував, так би мовити, максимально широке розуміння корисливого мотиву у складах корупційних злочинів. Не слід однак забувати, що, якщо нотаріус одержав неправомірну вигоду за вчинення нотаріальних дій на користь третьої особи до набрання чинності Законом від 18 квітня 2013 р., на нього дія ч. 3 або 4 ст. 368-4 КК не розповсюджується.

Як бачимо, унаслідок останніх змін антикорупційного законодавства України регламентація особливостей кримінальної відповідальності нотаріусів стала більш чіткою та зрозумілою. Разом з тим окремі вади чинного КК не дозволяють стверджувати, що питання, пов'язані з визначенням кримінально-правового статусу нотаріуса, вирішені однозначно та остаточно. Варто вказати і на те, що ст. ст. 365-2 і 368-4 КК – не єдині норми, що безпосередньо стосуються кримінальної відповідальності нотаріусів. Так, слід пам'ятати принаймні про ст. 209-1 КК «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму», ст. 232-1 КК «Незаконне використання інсайдерської інформації», ст. 358 КК «Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів». Про особливості відповідальності нотаріуса з погляду тлумачення і застосування згаданих кримінально-правових заборон йтиметься у наших наступних публікаціях.

1. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 662; Ільковець Л., Крючкова О. Спеціальний суб'єкт злочину у сфері службової діяльності // Вісник прокуратури. – 2003. – № 7. – С. 66.

Цікаво, що таку ж думку висловили М.І. Панов і В.І. Тютюгін як члени НКР ВССУ у своїх відповідях на питання про можливість визнання нотаріуса службовою особою до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р.

2. Бриллиантов А., Яни П. Должностное лицо: организационно-распорядительные функции // Законность. – 2010. – № 6. – С. 12, 14; Молчанова Е.А. Уголовная ответственность нотариусов за злоупотребление полномочиями: дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dissercat.com/content/ugolovnaya-otvetstvennost-notariusov-za-zloupotreblenie-polnomochiyami>.
3. Круковес В. Нотариус – лицо должностное? // Закон и бизнес. – 25 ноября 1998 г. – № 47; Висеканцев О.О. Адміністративна відповідальність державного нотаріуса // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2012. – № 25. – С. 194–195.
4. Архів місцевого суду Шевченківського району м. Львова. Справа № 183-0601/2005 за 2005 р.
5. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 Кримінального кодексу України): кримінально-правова характеристика // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 2. – С. 34; Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика. Навчальний посібник. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 203.
6. Зайцев А., Марченко В. У нотариуса – (не) «должностное» лицо? // Юридическая практика. – 5 августа 2008 г. – № 32; Сірий М.І. Висновок науково-правової експертизи щодо законності визнання приватного нотаріуса спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності, проведеної у відповідності із Законом України «Про наукову і науково-технічну експертизу» на запит приватного нотаріуса Ковальчука С.П. // Судова апеляція. – 2009. – № 2. – С. 144–150; Зайцев О.В. Проблеми встановлення ознак службової особи при вчиненні злочину нотаріусом // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. / ред. кол. В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2009. – С. 74–77; Зайцев О.В. Про доцільність встановлення кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями приватними нотаріусами // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності. Міжнародний симпозіум, 11 – 12 вересня 2009 р. – Львів, 2009. – С. 91–94; Белинская Е.А. Правовой статус нотариуса в уголовно-правовых отношениях // Правова держава. – 2010. – № 12. – С. 149–153; Коротюк О.В. Кримінально-правова характеристика нотаріуса як спеціального суб'єкта злочину // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – Число 2 (24). – С. 116; Коротюк О.В. До питання про спеціального суб'єкта злочину // Юридична Україна. – 2011. – № 7. – С. 76; Бабанли Р.Ш., Оніщук О.М. Суб'єктивні ознаки злочину, який полягає у зловживанні нотаріусом своїми повноваженнями (ст. 365-2 КК) // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. – № 2. – С. 119–120.
7. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – С. 155.

8. Зайцев О.В. Проблеми встановлення ознак службової особи при вчиненні злочину нотаріусом // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. / ред. кол. В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2009. – С. 75.
Згідно з чинним законодавством нотаріус податковим агентом не визнається, що виключає можливість інкримінування йому ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)».
9. Маляренко С.М. Наслідки кримінальної відповідальності для приватного нотаріуса // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 724.
10. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – С. 805.
11. Молчанова Е.А. Уголовная ответственность нотариусов за злоупотребление полномочиями: дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dissercat.com/content/ugolovnaya-otvetstvennost-notariusov-za-zloupotreblenie-polnomochiyami>.
12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1055.
13. Коротюк О.В. Науково-практичний коментар Закону України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.ws/1292052247410/pravo/_pechatka_privatnogo_notariusi.
14. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 80–81; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1068–1069, 1085–1086.
15. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. – К.: Атіка, 2012. – С. 139, 140, 141, 277.
16. Коротюк О.В. Кримінально-правова характеристика нотаріуса як спеціального суб'єкта злочину // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – Число 2 (24). – С. 115; Бабанли Р.Ш., Оніщук О.М. Суб'єктивні ознаки злочину, який полягає у зловживанні нотаріусом своїми повноваженнями (ст. 365-2 КК) // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. – № 2. – С. 121–122.
17. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» (реєстр. № 7487 від 17 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39289.
18. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – С. 806.
19. Бантишев О., Кузьмін С. Нове у законодавстві щодо кримінальної відповідальності нотаріуса [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.stride.com.ua/stride/men/?&art=1534>.
20. Постанова Снятинського районного суду Івано-Франківської області від 20 травня 2013 р. у справі № 1-3/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31404989>.
21. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 320.
22. Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 502.

ЩЕ РАЗ ПРО ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА РЕАЛІЇ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ¹

Забезпечення європейських стандартів прав людини є однією з ключових вимог до діяльності правоохоронних органів. Тому і не дивно, що ця проблематика стає предметом обговорення на різних наукових форумах. Приємно, що в черговий раз на неї звернули увагу львівські науковці, адже сучасна Україна навряд чи може похизуватися ефективною системою захисту прав людини. З огляду на заявлену тему науково-практичного семінару, вважаємо за доцільне у черговий раз порушити питання правильності кримінально-правової кваліфікації як запоруки дотримання прав обвинувачених і потерпілих. Будучи членами НКР при Верховному Суді України та готуючи наукові висновки, автори цих рядків неодноразово стикалися із ситуаціями явного нехтування принципами кримінально-правової кваліфікації. Зокрема, йдеться про такі з них, як *істинність*, який передбачає неприпустимість помилок у процесі кваліфікації завдяки всебічному вивченню всіх фактичних обставин вчиненого злочину і врешті-решт правильний вибір кримінально-правової норми, та *об'єктивність*, що у загальному вигляді вимагає мінімізації впливу суб'єктивних чинників на процес розслідування шляхом використання об'єктивно встановлених даних, забезпечення незалежності компетентних органів. Проілюструємо сказане на двох конкретних прикладах, пов'язаних із засудженням колишніх міліціонерів за вчинення службових злочинів.

1. Із заяви про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) випливало, що засуджений А.З. вважав справу з обвинувачення його у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 364 і ч. 2 ст. 368 КК, схожою за фактичними обставинами зі справою щодо особи, котрій так само інкримінувалися ч. 2 ст. 368 і ч. 3 ст. 364 КК, однак яка за вчинення останнього злочину була виправдана. Виправдовуючи цю особу, колегія суддів ВСУ визнала, що у діях засудженого відсутній склад злочину, передбаченого ст. 364 КК, оскільки дії, за вчинення яких було отримано хабар, носили законний характер. Відтак було зроблено висновок, що вчинене повністю охоплюється ст. 368 КК. Із вироку Царичанського районного суду Дніпропетровської області вбачається, що А.З., керуючись корисливим мотивом та використавши своє службове становище, не склав протокол про адміністративне правопорушення. На відміну від справи, на яку посилався засуджений, А.З. вчинив незаконні дії: він порушив вимоги нормативних актів і свої функціональні обов'язки, не зареєструвавши виявлену ДТП і не склавши відповідного протоколу.

Постало, щоправда, питання, чи утворюють такі незаконні дії склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 364 КК. Суд, який розглядав кримінальну справу щодо А.З., і суди вищих інстанцій, які переглядали її, зробили висновок про наявність у поведінці А.З. зловживання службовим становищем, вчиненого працівником правоохоронного органу. Поняття істотної шкоди, вказаної у ст. 364 КК, у разі заподіяння шкоди нематеріального характеру, як відомо, носить оціночний характер. При кримінально-правовій оцінці поведінки особи як службового зловживання не можна обмежуватись вказівкою на істотну шкоду певним правоохоронюваним інтересам: у процесуальних документах має наводитись належне обґрунтування наявності цієї ознаки. Як справедливо писав свого часу О. Светлов, вільне тлумачення оціночних ознак на кшталт істотної шкоди у складі злочинного зловживання владою або службовим становищем може призвести до необґрунтованого притягнення осіб до кримінальної відповідальності [1, с. 23]. «Ні теорії, ні практиці застосування кримінального законодавства про службові злочини поки що не вдалося виробити прийнятного поняття істотної шкоди в нематеріальному вимірі, або хоча б запропонувати більш-менш визначені критерії, які б дозволили найбільш точно формалізувати цю оціночну ознаку» [2, с. 80].

Вивчення матеріалів справи дало підстави констатувати наявність у діях А.З. всіх ознак зловживання владою або службовим становищем, за винятком однієї – суспільно небезпечних наслідків. На думку судів, ця ознака має місце, знаходячи свій прояв у підриві авторитету і престижу ОВС. Проте за такою логікою будь-яке службове зловживання та й взагалі будь-яке дисциплінарне правопорушення працівника ОВС має своїм наслідком підрив авторитету і престижу органів влади, оскільки ганьбить державу і систему її органів. У розглядуваному контексті, до речі, не варто переоцінювати значення роз'яснення, яке наводиться в абз. 3 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» і згідно з яким істотною шкодою нематеріального характеру може визнаватись, зокрема, підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування. Адже у цьому роз'ясненні одне оціночне поняття виражається за допомогою іншого.

Варто також звернути увагу на те, що з абз. 3 п. 6 (зокрема, з його другого речення) постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 не можна однозначно сказати, чи є перераховані в ній конкретні наслідки (включаючи підрив авторитету і престижу державних органів) проявами «істотної шкоди» у будь-якому випадку

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Забезпечення органами внутрішніх справ європейських стандартів прав людини у своїй діяльності: тези науково-практичного семінару (Львів, 7 грудня 2012 р.). – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 101–106.

їхнього спричинення. З урахуванням оціночного характеру ознаки «істотна шкода» у літературі зроблено слушний висновок про те, що порушення прав та свобод громадян, підрив авторитету та престижу органу державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки та умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів не в усіх випадках можуть свідчити про заподіяння істотної шкоди [3, с. 69]. Вважаємо, що про підрив авторитету та престижу ОВС, а отже, про істотну шкоду державним інтересам як ознаку зловживання владою або службовим становищем можна вести мову лише у сукупності з іншими суспільно небезпечними наслідками матеріального або нематеріального характеру (наприклад, з приховуванням злочину), які у розглядуваній справі відсутні. На наш погляд, немає достатніх підстав визнавати підривом авторитету і престижу ОВС приховування факту незначного за суспільною небезпекою правопорушення

Таким чином, хоч і не можна визнати подібними згадані суспільно небезпечні діяння, на що посилався засуджений, і, відповідно, констатувати неоднакове застосування судами касаційної інстанції норм кримінального закону, був зроблений висновок про неправильність кримінально-правової кваліфікації дій А.З., а саме про безпідставність засудження його за ч. 3 ст. 364 КК. Злочинне посягання не може кваліфікуватися за нормою Особливої частини кримінального закону, якщо інша норма з числа інкримінованих цій же особі повністю охоплює вчинене. Одержання хабара за вчинення незлочинних діянь (зокрема, дисциплінарного проступку) не потребує додаткової кваліфікації за сукупністю з іншими злочинами.

2. Інша ситуація мала місце у кримінальній справі щодо Ч. і С., засуджених Шевченківським районним судом м. Києва за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 368 і ч. 3 ст. 364 КК. Із судових рішень, винесених щодо Ч. і С., вбачається, що спочатку ці службові особи, діючи умисно, з використанням свого службового становища і порушуючи встановлений порядок приймання, реєстрації та розгляду в ОВС заяв і повідомлень про злочини, що вчинені або готуються, приховали інформацію про злочини та осіб, які їх вчинили. При цьому не має принципового значення та обставина, чи містили дії Л., який і повідомив цю інформацію працівникам міліції Ч. і С. (інформацію про злочини проти власності, вчинені іншими особами), ознаки складів, передбачених ст. 198 і ст. 396 КК. Надалі Ч. і С. одержали хабар від Л. за кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 368 КК.

Поняття «істотна шкода» як обов'язкова ознака об'єктивної сторони частини службових злочинів (включаючи злочин, караний за ст. 364 КК), якщо вона не полягає у завданні матеріальних збитків, як вже зазначалось, залишається оціночною категорією. При цьому і в доктрині, і в судовій практиці (зокрема, п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15) традиційно визнається, що істотна шкода державним інтересам може виражатись у тому числі у приховуванні злочинів.

Таким чином, поведінка Ч. і С. повинна розглядатись як реальна сукупність злочинів – сукупність злочинів, яка має місце у тому разі, коли особа вчиненими у різний час (окремими) діями вчиняє два або більше злочини, які мають різні склади і кваліфікуються окремо (відповідно, за ч. 3 ст. 364 і ч. 2 ст. 368 КК). Посилання адвоката засуджених на вироблене доктриною і сприйняте практикою правило, згідно з яким у разі конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правової норми застосуванню підлягає остання (у розглядуваній ситуації це, на думку адвоката, ст. 368 КК), вважаємо недоречним. За конкуренції кримінально-правових норм один злочин одночасно містить ознаки двох або більше складів злочинів та охоплюється кількома кримінально-правовими заборонами. За наявності конкуренції, коли оцінюється один злочин, одночасне застосування кількох норм Особливої частини КК, справді, неприпустиме. Натомість для сукупності злочинів (а в діях Ч. і С. вбачаються ознаки і зловживання владою або службовим становищем, і одержання хабара) характерним є те, що жодна із кримінально-правових заборон не охоплює вчинене (два і більше злочини) повністю – воно може отримати належну кримінально-правову оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК. «... сукупність злочинів і конкуренція кримінально-правових норм, як правило, взаємно виключають одна одну: перша з них має наслідком інкримінування особі на рівні кваліфікації кількох різних складів злочинів, а друга – в силу того, що поведінка особи визнається одиничним (єдиним) злочином, – лише одного його складу» [4, с. 75].

Також ми вказали на відсутність подібності суспільно небезпечних діянь, вчинені, з одного боку, Ч. і С., та, з іншого, особою, щодо якої було винесено ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 28 жовтня 2010 р. Як впливає із зазначеної ухвали, у діях особи, засудженої за ч. 2 ст. 368 КК, не вбачається сукупності злочинів – одержання хабара та зловживання владою або службовим становищем, оскільки рішення про закриття кримінальної справи за відсутністю складу злочину за фактом ДТП, учасником якої був хабародавець, носило законний характер. Видачу засудженим довідки про закриття кримінальної справи не слід визнавати дискредитацією ОВС і підривом їх авторитету, тобто істотною шкодою як обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 364 КК. Те, що хабародавець позбувся частини майна, переданого службовій особі як хабар, також неправильно розцінювати як заподіяння істотної шкоди правам і законним інтересам особи (у протилежному випадку будь-який випадок одержання хабара мав би автоматично кваліфікуватись додатково за ст. 364 КК через те, що правам і законним інтересам хабародавця заподіяно істотну матеріальну шкоду).

Отже, рішення колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 28 жовтня 2010 р. виключити із судових рішень вказівку на ч. 3 ст. 364 КК є обґрунтованим. Таке рішення узгоджується із роз'ясненням, наведеним у п. 3 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», згідно з яким вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів у тому разі, коли виконані службовою особою у зв'язку з одержанням хабара дії самі по собі є злочинними (службове підроблення, зловживання владою або службовим становищем тощо).

З огляду на викладене, було зроблено висновок про те, що дії Ч. і С. кваліфіковані за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 364 і ч. 2 ст. 368 КК, правильно, у зв'язку з чим виключати із судових рішень, винесених щодо цих осіб, рішення про кваліфікацію їх дій за ч. 3 ст. 364 КК нібито як зайву підстав немає.

1. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.
2. Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Дніпропетровськ, 2007. – 259 с.
3. Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України): дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2009. – 231 с.
4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.

ОФІЦІЙНИЙ ДОКУМЕНТ. АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЩОДО ЦЬОГО ПОНЯТТЯ¹

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) у своїй постанові від 9 липня 2015 р., винесеній за результатами розгляду справи № 5-50кс15, у черговий раз висловила щодо ознак поняття офіційного документа як предмета злочинів, передбачених статтями 357, 358, 366 Кримінального кодексу України (далі – КК). На перший погляд, потреби в роз'ясненнях з цього питання немає, адже примітка ст. 358 КК містить доволі змістовну, судячи з її розміру, дефініцію вказаного поняття. Однак аналіз законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за окремі злочини, предметом яких виступає офіційний документ, засвідчує, що ВСУ все ж вимушений періодично давати відповідні роз'яснення, оскільки визначення офіційного документа взагалі було відсутнє в КК, а поняття цього документа, наразі законодавчо закріплене, не є бездоганим. Але про все по порядку.

Предмет злочину – документ чи офіційний документ?

Необхідність вирішення цього питання постала в результаті прийняття КК 2001 р. із притаманними йому вадами. У первісній редакції ст. 357 КК одним із предметів злочину, передбаченого цією статтею, був названий офіційний документ, а також приватний документ. При цьому в КК було відсутнє визначення поняття «офіційний документ». Стосовно ж поняття «приватний документ», то в ч. 1 ст. 357 КК додатково зазначалось, що такий документ має знаходитись на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Водночас ст. 358 КК оперувала дещо іншими поняттями. Для позначення одного з предметів злочину, передбаченого цією статтею, використовувалося словосполучення «посвідчення або інший документ». У ст. 358 КК також була відсутня дефініція поняття «документ», проте в диспозиції ч. 1 цієї статті закріплювалась низка обов'язкових ознак, якими мав бути наділений документ, щоб бути предметом відповідного злочину, а саме: документ мав видаватися чи посвідчуватися підприємством, установою, організацією, громадянином-підприємцем, приватним нотаріусом, аудитором чи іншою особою, яка мала право видавати чи посвідчувати такі документи, і мав надавати права або звільняти від обов'язків. Ще більш цікава ситуація виникла при встановленні кримінальної відповідальності за службове підроблення, адже диспозиція ч. 1 ст. 366 КК оперувала одразу кількома термінами – «документ», «офіційний документ», «завідомо неправдивий документ». Дефініції цих понять або будь-які їх ознаки в ст. 366 КК були відсутні.

Природно, що науковці відреагували на таку законодавчу невизначеність. Так, зверталась увага на те, що предмет службового підроблення, на відміну від підроблення, передбаченого загальною нормою (ст. 358 КК), не обмежений певними різновидами документа; ним згідно зі ст. 366 КК визнається офіційний документ взагалі. Відповідно, предмет злочину в ст. 357 і ст. 366 КК сформульовано ширше, ніж у ст. 358 КК. Як наслідок, мала місце ситуація, за якої поняття документа, офіційного документа, особистого документа і приватного документа носили бланкетно-оціночний характер і тлумачились по-різному. В результаті один і той саме документ (наприклад, паспорт) щодо однієї норми КК виступав як особистий, а щодо іншої – як офіційний, а це негативно впливало на правозастосування [1]. У кримінально-правовій доктрині обґрунтовувалась доцільність заміни у тексті ч. 1 ст. 358 КК звороту «документ, який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією, громадянином-підприємцем, приватним нотаріусом, аудитором, чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи» формулюванням «офіційний документ», та збереження у цій нормі тільки специфічних характеристик предмета злочину [2]. А у Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України» (щодо підроблення документів, печаток, штампів та бланків) (законопроект № 6308 від 14 квітня 2010 р., внесений народним депутатом України В.В. Шемчуком) наголошувалось на доцільності уніфікації термінології ст. ст. 357, 358 і 366 КК у частині предметів злочинів, передбачених цими нормами.

Поки науковці та інші експерти вели дискусії щодо змісту окремих предметів злочинів, передбачених ст. ст. 357, 358, 366 КК, і пропонували шляхи розв'язання окреслених проблем, практика не стояла на місці, застосовуючи положення вказаних кримінально-правових заборон на свій розсуд. При цьому питання про тлумачення понять «документ» та «офіційний документ» досить тривалий час (якщо взяти до уваги момент набрання чинності КК 2001 р.) не було предметом розгляду Пленуму ВСУ.

Лише 28 травня 2008 р. на засіданні Судової палати у кримінальних справах ВСУ у рамках вивчення та узагальнення судової практики розгляду кримінальних справ про злочини, пов'язані зі службовим підробленням (ст. 366 КК), було розглянуто питання тлумачення і застосування судами поняття «офіційний документ». ВСУ підкреслив, що складність цього питання зумовлена тим, що в КК не визначено критеріїв, яким повинен відповідати офіційний документ як предмет службового підроблення. Проблема ускладнюється через те, що в диспозиції ст. 366 КК паралельно з терміном «офіційний документ» вживається термін «документ». У

¹ Стаття написана в співавторстві з Г.М. Зеленовим та опублікована: Юридичний вісник України. – 3–16 жовтня 2015 р. – № 39–40; 17–23 жовтня 2015 р. – № 41.

зв'язку з цим одні суди вважають, що предметом згаданого злочину може бути як офіційний документ, так і документ, а інші – лише офіційний документ. ВСУ також з'ясував, що суди, як правило, визнавали офіційними документами такі, що містили певну інформацію, мали відповідні реквізити, були складені, засвідчені або видані службовими особами від імені органів місцевого самоврядування, установ та організацій або засвідчували факти, що мають юридичне значення, тощо.

Згодом, у жовтні 2009 р., ВСУ здійснив узагальнення практики розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 КК (службове підроблення). У цьому узагальненні ВСУ висловив власну правову позицію щодо предмета злочину, передбаченого ст. 366 КК, однозначно зазначивши, що обов'язковою ознакою службового підроблення є його предмет – офіційний документ. При цьому документ, для того, щоб мати статус офіційного, повинен відповідати таким ознакам: 1) він повинен містити певну інформацію (відомості, дані тощо); 2) така інформація має бути зафіксована у тій чи іншій формі (письмовій, цифровій, знаковій) і мати певні реквізити (бланк, печатку, штамп, голограму), передбачені законом чи іншим нормативним актом; 3) інформація повинна бути зафіксована на відповідному матеріальному носії (папері, дискеті, диску, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці тощо) з метою її зберігання, використання або розповсюдження; 4) документ має бути складений, засвідчений, виданий чи розповсюджений в інший спосіб службовою особою від імені державних органів, органів місцевого самоврядування, громадських організацій та об'єднань, а також підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності. Розкриваючи зміст п'ятої ознаки, ВСУ повністю відтворив примітку до ст. 358 КК, якою ця стаття була доповнена на підставі Закону від 11 червня 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» і в якій було закріплено дефініцію поняття «офіційний документ».

Викладена правова позиція мала важливе значення для правозастосовної практики, проте вона не була позбавлена вад: 1) визначались лише ознаки предмета службового підроблення, а визначення офіційного документа як предмета злочинів, передбачених ст. 357 і ст. 358 КК, залишалось поза увагою; 2) виокремлені друга і третя ознаки поняття офіційного документа частково дублювали одна одну; 3) не зрозумілим було закріплення серед відповідних ознак визначення поняття офіційного документа, закріпленого в законодавстві; 4) наведений перелік ознак, яким мав відповідати офіційний документ, не охоплював всі види документів, які в правозастосовній практиці визнавалися предметом службового підроблення.

До речі, на цю обставину зверталась увага в згаданому узагальненні ВСУ. Зокрема, констатувалось, що суди по-різному вирішують питання про визнання офіційним документом пояснення особи, сфабрикованого працівником міліції під час перевірки заяви про злочин. Деякі суди вважали, що, оскільки саме пояснення особи під час перевірки заяви про злочин в кримінально-процесуальному законодавстві як процесуальний документ не передбачене і не має відповідних реквізитів, воно не може розглядатись як предмет службового підроблення. Таким предметом, на думку прибічників цієї точки зору, можуть бути протоколи слідчих дій, які відповідно до ст. 65 КПК 1960 р. є доказами у справі. Натомість інші суди вважали, що коли працівник міліції при перевірці заяви про злочин бере в певної особи пояснення, в яке вносить завідомо неправдиві відомості про обставини справи і засвідчує їх своїм підписом, а ці відомості засвідчують факти, які мають юридичне значення (тобто можуть бути приводом для порушення кримінальної справи чи відмови в порушенні справи), то такий документ має визнаватися офіційним. Попри те, що така інформація, хоч і була зафіксована у письмовій формі, не мала певних реквізитів (бланк, печатка, штамп, голограма), оскільки вони не передбачались законодавством, ВСУ зазначив, що пояснення особи під час перевірки заяви про вчинення злочину слід вважати офіційним документом, адже зафіксовані в ньому відомості можуть засвідчувати факти, які в подальшому можуть мати юридичне значення.

Згодом, з урахуванням потреби в забезпеченні однакової правозастосовної практики з питань кваліфікації злочинів, передбачених ст. ст. 357, 357, 366 КК, був підготовлений проект постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами кримінального законодавства у справах про викрадення, знищення, пошкодження, приховування чи підроблення документів, печаток, штампів та бланків, а також збут або використання підроблених документів», який через зміни в законодавстві про судоустрій так і не був ухвалений.

Закріплення в КК визначення поняття «офіційний документ» – вирішення проблеми або черговий привід для судового тлумачення кримінального закону?

Як вже зазначалось, на підставі Закону від 11 червня 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» ст. 358 КК було доповнено приміткою, в якій містилась дефініція поняття «офіційний документ». Коментуючи цю новелу, ВСУ зазначив, що заміна в ст. 366 КК терміну «документ» терміном «офіційний документ» сприятиме правильному та однаково застосуванню судами законодавства під час розгляду кримінальних справ і більш якісному їх розгляду. Водночас ВСУ підкреслив, що нова редакція ст. 358 КК не дає вичерпного визначення поняття «офіційний документ», що може викликати певні проблеми на практиці. Незважаючи на певні вади, законодавчо закріплене визначення поняття «офіційний документ» не встигло істотно вплинути на правозастосування, оскільки ст. 358

КК, викладена в редакції Закону від 11 червня 2009 р., фактично не застосовувалась через неодноразове відкладення моменту набрання чинності цим Законом, поки він взагалі не втратив чинність відповідно до Закону від 21 грудня 2010 р. «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції».

Щоправда, КК недовго залишався без визначення поняття «офіційний документ». Вже 7 квітня 2011 р. приймається Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», на підставі якого ст. 358 КК викладається в новій редакції, і остання (як і попередня редакція цієї статті) в своїй примітці містить визначення поняття «офіційний документ». При цьому предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК, викладеної в редакції Закону від 7 квітня 2011 р., у першу чергу виступає посвідчення або інший офіційний документ, який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією незалежно від форми власності, громадянином-підприємцем, приватним нотаріусом, аудитором чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, та який надає права або звільняє від обов'язків.

Традиційна законодавча вказівка на надання прав і звільнення від обов'язків як на змістовну ознаку документа – предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК, є доволі умовною: насправді документи як такі не надають права і не звільняють від обов'язків; підставами виникнення, зміни і припинення прав та обов'язків є юридичні факти, а документи лише посвідчують ці факти. Виходячи з чинної редакції ч. 1 ст. 358 КК, предметом злочину, передбаченого цією нормою, не визнаються документи, які, хоч і посвідчують певні факти, що мають юридичне значення, але не надають при цьому прав або не звільняють від обов'язків (наприклад, різноманітні заявки, запити, характеристики, супроводжувальні листи, вкладиші до посвідчень, первинні документи, які фіксують факти здійснення господарських операцій, довідки з архівів, журнали і книги реєстрації певних подій і фактів, звіти про виконану роботу, пояснення особи, складені під час перевірки заяви про вчинений злочин).

Свого часу, закриваючи за відсутністю складу злочину кримінальну справу щодо М. за використання підробленого документа (ч. 2 ст. 194 КК 1960 р.), судова колегія у кримінальних справах ВСУ у своїй ухвалі зазначила, що вкладиш до посвідчення співробітника СБУ не є тим документом, що надає права або звільняє від обов'язків. Таким документом є належним чином оформлене посвідчення співробітника СБУ. У вкладиші ж до посвідчення лише перераховуються встановлені законом права та обов'язки володільця останнього, і пред'явлення такого вкладиша не може бути підставою для реалізації цих прав та обов'язків [3].

З огляду на наявність у примітці ст. 358 КК визначення поняття офіційного документа, наявність у ч. 1 і ч. 2 цієї статті положень, які фрагментарно дублюють ознаки офіційного документа, є невиправданою. У зв'язку з цим пропонуємо виключити: з ч. 1 ст. 358 КК – слова «який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією незалежно від форми власності, громадянином-підприємцем, приватним нотаріусом, аудитором чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи»; з ч. 2 ст. 358 КК – слова «які посвідчують певні факти, що мають юридичне значення» та «у тому числі особистих документів особи».

На наш погляд, документи визнаються офіційними, якщо їх зміст стосується відносин, врегульованих правом, та якщо вони видаються або використовуються у встановленому законодавством порядку для посвідчення конкретних подій і фактів, що мають юридичне значення. Із законодавчого визначення поняття «офіційний документ» (примітка ст. 358 КК) випливає, що основними ознаками такого документа є: походження від уповноваженого суб'єкта; формальна визначеність; виконання в системі документообігу посвідчувальної функції. Серед іншого встановлено, що офіційний документ має бути складений з дотриманням визначених законом форм і повинен містити передбачені законом реквізити.

На відсутності вказаних ознак у документі, в який вносились неправдиві відомості, наполягав А.Г., засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК. Ця особа, будучи службовою, внесла в бланк свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів завідомо неправдиві відомості про закінчення О.Ш. навчання в школі, що надало останньому право одержати допуск для складання іспитів на право керування транспортним засобом у реєстраційно-екзаменаційних підрозділах ДАІ. У своїй заяві про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 8 листопада 2012 р. А.Г. стверджував, що бланк свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів не можна вважати офіційним документом, оскільки на момент інкримінованих йому діянь цей документ не містив відповідних реквізитів, а саме підписів уповноважених на його складання і видачу осіб та печатки установи, яка це свідоцтво видає. На підтвердження своєї позиції А.Г. долучив до заяви низку процесуальних документів, в яких суди відзначали таку ознаку офіційного документа, що підроблювався, як наявність реквізитів.

Відповідно до підпункту 4.4 Національного стандарту України ДСТУ 4163-2003 «Вимоги до оформлювання документів», затвердженого наказом Держспоживстандарту України від 7 квітня 2003 р. № 55, документи, що їх складають в організації, повинні мати такі обов'язкові реквізити: назва організації; назва виду документа (не зазначають на листах); дата; реєстраційний індекс документа; заголовок до тексту документа; текст документа;

підпис. Форма та реквізити свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів на момент вчинення А.Г. інкримінованого йому діяння визначались Додатком № 8 до Положення про порядок підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації водіїв транспортних засобів, затвердженого наказом МОН від 25 січня 1994 р. № 22. Ознайомлення з бланком такого свідоцтва дозволяє стверджувати, що до його реквізитів належать підписи голови екзаменаційної комісії та керівника навчального закладу, печатка установи, у якій відбувалося навчання, серія, номер тощо.

Розглянувши заяву засудженого А.Г., судова палата у кримінальних справах ВСУ у своїй постанові від 25 квітня 2013 р., винесеній у справі № 5-10кс13, зазначила, що із встановлених фактичних обставин вбачається, що А.Г. власноручно заповнив усі необхідні реквізити бланку свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів, які він міг заповнити з використанням своїх посадових повноважень, а згодом із використанням довірливого ставлення до себе з боку директора навчального закладу підписав у нього це свідоцтво та завірив печаткою. Після того, як документ набув офіційного виду, А.Г. залишив його на зберігання на своєму робочому місці. При цьому підроблення офіційних документів може полягати в повній фальсифікації або в частковій зміні змісту справжнього документа, а свідоцтво про закінчення навчального закладу є офіційним документом, який посвідчує факт закінчення навчання водіїв у школі і тягне за собою певні правові наслідки. Насамкінець було зроблено висновок про те, що заповнення службовою особою частини бланку документа із наступним наданням достовірності цим даним шляхом зловживання довірою особи, якій надано право підписувати такий документ і завіряти печаткою, є одним із способів підроблення офіційних документів. На цій підставі А.Г. було відмовлено в задоволенні його заяви.

Обґрунтованість викладеної правової позиції ВСУ викликає певні сумніви.

По-перше, зі змісту постанови слідує, що А.Г. вніс завідомо неправдиві відомості у бланк свідоцтва, який ще не був підписаний, а відповідні підписи не були скріплені печаткою. Отже, можна констатувати відсутність усіх необхідних реквізитів. Відповідно, засуджений вносив неправдиві відомості в документ, який на той момент ще не було достатніх підстав вважати офіційним, а отже, у вчиненому діянні відсутня така ознака складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК, як його предмет: ним є офіційний документ. В юридичній літературі з цього приводу можна прочитати, що внесення завідомо неправдивих відомостей з точки зору кваліфікації за ч. 1 ст. 366 КК означає «зазначення неправдивих відомостей в документі, який за формою відповідає усім стандартам» [4]. До речі, суд першої інстанції, розглядаючи справу А.Г., в мотивувальній частині вироку взагалі не звернув уваги на таку ознаку складу злочину, як його предмет, доводячи лише наявність самого факту підроблення документа службовою особою.

По-друге, підроблений документ був не повністю, а лише частково складений шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Внесення частини реквізитів до підробленого документа відбулося не в результаті зловживання службовим становищем, а внаслідок зловживання довірою з боку однієї службової особи щодо іншої службової особи. При цьому примітка до ст. 358 КК передбачає, що офіційні документи «складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами... юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми... яким законом надано право у зв'язку з їх службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів». Зі змісту ж постанови ВСУ від 25 квітня 2013 р. випливає, що А.Г. не мав службових повноважень для того, щоб повністю скласти офіційний документ. Зазначена ознака, на нашу думку, не була врахована ВСУ повною мірою. Суд лише обмежився вказівкою на те, що, враховуючи нормативне визначення службового підроблення, офіційними документами визнаються ті з них, що складаються і видаються службовими особами від імені органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій, незалежно від будь-якої форми власності, які посвідчують певні факти і події, що мають правове значення. Ці документи мають бути належним чином складені за формою і містити необхідні реквізити.

За таких обставин внесення завідомо неправдивих відомостей до документа, який на момент його підроблення ще не був офіційним, тобто не відповідав усім ознакам офіційного документа, визначеним у примітці до ст. 358 КК, навряд чи може кваліфікуватись як закінчений злочин, передбачений ч. 1 ст. 366 КК. При цьому важливе значення має усвідомлення засудженим неофіційного характеру відповідного документа. У протилежному випадку можна вести мову про фактичну помилку щодо предмета злочину і кваліфікувати дії винного за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 366 КК як закінчений замах на службове підроблення.

Мабуть, наведені вище сумніви не виникали, якби в ч. 1 ст. 366 КК як окремий предмет злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою, фігурував (зокрема, за прикладом ст. 358 КК) бланк офіційного документа. Бланк – це, як відомо, аркуш паперу з відбитком на ньому штампу, з частково надрукованим друкарським або іншим способом текстом, який потребує подальшого заповнення відповідних даних і реквізитів. Після належного оформлення бланки як стандартні форми стають документами. Виділяють такі види бланків документів: загальний бланк для створення різних видів документів (без зазначення у бланку назви виду документа), крім листа; бланк листа; бланк конкретного виду документа (із зазначенням у бланку

назви виду документа), крім листа (підпункт 6.8 Національного стандарту України ДСТУ 4163-2003 «Вимоги до оформлювання документів»). Існують бланки паспортів, трудових книжок, документів про освіту та вчені звання, нотаріальних документів, складських документів на зерно, свідоцтв про навчальних закладів тощо.

Вважаємо також не завжди коректною закріплену в примітці до ст. 358 КК та адресовану до всіх офіційних документів вимогу про дотримання визначеної законом форми і наявність передбачених законом реквізитів. Так, постає питання, які форму і реквізити встановлює закон до листа особистого характеру при тому, що останній, будучи використаним у правозастосовній діяльності як доказ, набуває якості офіційного документа? Подібне риторичне запитання можна поставити стосовно розписки позичальника, яка відповідно до ч. 2 ст. 1047 Цивільного кодексу України може підтверджувати укладення договору позики. Які реквізити цього боргового документа є обов'язковими, а які – факультативними, визначає не закон, а фахівці-цивілісти, що не стоїть на заваді визнанню розписки позичальника, яка відіграє роль доказу, офіційним документом. «...властивість офіційного набуває документ, який виходить від приватної особи і залучений як доказ у цивільній справі (договір поставки, купівлі-продажу та ін.)» [5]. З приводу недоцільності поширення вимоги про дотримання визначених законом форми і реквізитів на всі документи, віднесені до офіційних, пригадується міркування Г. Поленова. Цей дослідник свого часу писав, що в кримінальному процесі записка, лист тощо стають доказами незалежно від форми; письмові акти, які походять від приватних осіб, як правило, не потребують дотримання певної форми. Оскільки форма є не типовою для поняття документа, вона не може слугувати його обов'язковою ознакою [6]. Уточнимо – ознакою не документа взагалі, а саме офіційного документа.

Згодом, під час розгляду справи щодо В.О. за її заявою про перегляд ухвали ВССУ від 22 січня 2015 р., ВСУ у постанові від 9 липня 2015 р. (справа № 5-50к15) уточнив свою позицію щодо ознак поняття офіційного документа як предмета злочину. У цій справі було встановлено, що В.О. протягом тривалого часу складала завідомо неправдиві виписки з медичної карти амбулаторного (стаціонарного) хворого (форма № 027/о), видавала їх для проходження особами медико-соціальної експертизи та вносила неправдиві відомості до направлень на медико-соціально-експертну комісію (далі – МСЕК) (форма № 088/о). Відповідні відомості В.О. підтверджувала результатами обстежень, які насправді не проводились. Згадані медичні документи В.О. передавала особам, на ім'я яких вони були складені, а вони, своєю чергою, надавали їх до Миколаївського обласного центру МСЕК, на підставі чого МСЕК приймала рішення про встановлення цим особам відповідних груп інвалідності. За зверненнями цих осіб управлінням Пенсійного фонду України їм було призначено та виплачено пенсію за інвалідністю. В.О. стверджувала, що ВССУ помилково визнав офіційними документами виписки з медичних карт і направлення на МСЕК, які не спричиняють і не здатні спричинити будь-яких наслідків правового характеру. Хоч згадані документи складені належним чином і містять необхідні реквізити, вони слугують лише для реалізації права хворого на звернення до МСЕК, яка самостійно приймає рішення про встановлення або невстановлення інвалідності, а довідка тільки дає інваліду право звернутися до Пенсійного фонду України для призначення пенсії.

Проаналізувавши ці доводи і положення регулятивного законодавства, ВСУ вказав, що направлення на МСЕК за формою № 088/о є підставою для проведення експертизи, а інформація, що міститься у виписці з медичної карти за формою № 027/о, є однією з підстав для прийняття експертного рішення. Отже, інформація, що міститься в обох цих документах, посвідчує факти, здатні спричинити наслідки правового характеру (уможливлює реалізацію особою її прав у сфері охорони здоров'я та соціального забезпечення). Тому висновок ВССУ як касаційної інстанції у справі В.О. про те, що виписки з медичних карт і направлення на МСЕК є офіційними документами, є правильним.

Вельми важливою є і наведена в постанові ВСУ оцінка однієї з ухвал ВССУ, на яку в обґрунтування своєї позиції посилалась засуджена В.О. Йшлося про те, що акт приймання-передачі обсягу виконаних робіт, неправдивими в якому були лише відомості щодо часу їх виконання і дати складання акта, підтверджував справжній факт виконання робіт із благоустрою сміттєзвалища як благодійної допомоги громаді села і не спричинив наслідків правового характеру. До того ж цей акт був складений у довільній формі і не мав реквізитів, притаманних офіційним документам.

Наприкінці постанови від 9 липня 2015 р. ВСУ надав роз'яснення про те, що при встановленні ознак поняття офіційного документа як предмета злочину слід керуватися такими критеріями: 1) документ має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її професійної чи службової компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами; 2) зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер – підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричиняти чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та (або) обов'язків. Невідповідність документа хоча б одному з наведених критеріїв перешкоджає визнанню його офіційним.

Як бачимо, правова позиція, відображена в постанові ВСУ від 9 липня 2015 р., дещо відрізняється від позиції в справі № 5-10к13 (постанова ВСУ від 25 квітня 2013 р.). По-перше, висловлена раніше правова

позиція стосується лише ознак предмета службового підроблення в той час, як правова позиція, озвучена 9 липня 2015 р., визначає критерії офіційного документа як предмета злочину взагалі. По-друге, в постанові від 9 липня 2015 р. не зазначено, від імені кого складається і видається документ, однак уточнено, що його має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її професійної чи службової компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами. Це схиляє до думки про те, що винна особа повинна мати службові або професійні повноваження для того, щоб повністю скласти документ у відповідній формі з усіма реквізитами.

Водночас вказівка ВСУ на те, що форма документа визначається законом, ставить питання, чи слід визнавати офіційним документ, якщо його форму визначено в підзаконному нормативно-правовому акті. До речі, у своїй постанові від 9 липня 2015 р. ВСУ визнав офіційними документами виписку з медичної карти амбулаторного (стаціонарного) хворого та направлення на МСЕК, оскільки законодавчі вимоги до змісту та форми цих облікових медичних документів конкретизовано наказом МОЗ України від 14 лютого 2012 р. № 110 «Про затвердження форм первинної облікової документації та Інструкції щодо їх заповнення, що використовуються у закладах охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування». Тому для уникнення зайвих дискусій з цього приводу при визначенні в примітці ст. 358 КК ознак поняття офіційного документа замість словосполучення «що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити» бажано використовувати приблизно такий зворот – «що складені з дотриманням визначених законодавством форм та містять передбачені законодавством реквізити». Повторимо, однак, що це формулювання не варто поширювати на всі без винятку офіційні документи.

Таким чином, законодавче закріплення поняття офіційного документа як предмета злочинів, передбачених ст. ст. 357, 358 та 366 КК, попри окремі зауваження до його змісту, має істотний вплив на правозастосування. Про це свідчить, зокрема, той факт, що ВСУ при формулюванні своїх правових позицій щодо цього кримінально-правового поняття намагається не виходити за межі дефініції поняття «офіційний документ», закріпленої в КК. Водночас, з огляду на те, що в сучасному суспільстві реалізація прав і законних інтересів суб'єктів правовідносин ускладнюється, а інколи стає неможливою без належного документального посвідчення юридично значущих фактів а також на неоднозначність відповідної правозастосовної практики [7], питання кваліфікації підроблення документів, включаючи визначення ознак поняття «офіційний документ», цілком заслуговують на те, щоб присвятити їм одне з повноцінних рекомендаційних роз'яснень ВССУ. На часі й уточнення законодавчого визначення поняття «офіційний документ», громіздкого, складного для сприйняття і переобтяженого деякими зайвими ознаками, що бажано робити із залученням напрацювань кримінально-правової доктрини і здобутків документознавства.

1. Парасюк Н.М. Юридичний аналіз підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, використання підроблених документів за Кримінальним кодексом України // Університетські наукові записки. – 2008. – № 3. – С. 263–264.
2. Тимошенко Н.О. Кримінально-правова характеристика підроблення документів, печаток та бланків, їх збуту та використання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 6, 10.
3. Вісник Верховного Суду України. – 2000. – № 6. – С. 15.
4. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг). – К., 2014. – С. 142–143.
5. Буртовой М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – С. 59.
6. Поленов Г.Ф. Ответственность за похищение, подделку документов и их использование. – М., 1980. – С. 26.
7. Юрченко К. Слідство закінчене, забудьте... Багаторічна справа Євгена Корнійчука завершилась його виправданням // Юридичний вісник України. – 24–30 січня 2015 р. – № 3.

ІСТОТНА ШКОДА І ТЯЖКІ НАСЛІДКИ ЯК ОЗНАКИ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність за службові злочини, включаючи його антикорупційну складову, постійно оновлюється, унаслідок чого воно стає все більш складним, заплутаним і громіздким. Звичайно, хотілося б, щоб зміни до цього законодавства носили більш осмислений, комплексний характер і, по можливості, не були дуже частими з тим, щоб і наукова спільнота, і практичні працівники встигали осмислювати законодавчі новели і розробляти виважені рекомендації щодо застосування удосконалених кримінально-правових заборон. Однак поки що процес перманентної «новелізації» законодавства України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, обертів не збавляє.

Однією із законодавчих новел, вельми неоднозначно сприйнятою правниками – причому як теоретиками, так і практиками, стала зміна дефініцій кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки», здійснена на підставі Закону України від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон від 13 травня 2014 р.) шляхом вилучення з п. 3 і п. 4 примітки ст. 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) вказівки на заподіяння матеріальних збитків. Перед фахівцями постали питання: чи дійсно за чинною редакцією вказаних пунктів примітки ст. 364 КК істотну шкоду і тяжкі наслідки як ознаки складів окремих службових і прирівняних до них злочинів (статті 364, 364-1, 365, 365-2, 366, 367 КК) слід розуміти тільки як заподіяння майнової шкоди у відповідних розмірах і що криється за розглядуваними змінами КК – усвідомлене рішення законодавця, допущена ним помилка чи навіть (!) вчинене деякими особами службове підроблення?

Для отримання відповідей на ці питання ми вирішили з'ясувати, чого прагнув законодавець, вносячи зміни до пунктів 3 і 4 примітки ст. 364 КК, і чи вдалося йому втілити свою ідею в тексті Закону від 13 травня 2014 р. таким чином, щоб забезпечити однакове тлумачення цих положень КК. Тут доречно зазначити, що у зв'язку з необхідністю забезпечення гармонійної єдності змісту закону та його форми у кримінально-правовій науці все більше уваги звертається на проблематику законодавчої техніки. Це і не дивно, адже від того, наскільки вдало викладена кримінально-правова норма, наскільки чітко та ясно законодавець об'єктивував свою волю, значною мірою залежить застосування цієї норми на практиці, а дефекти законодавчої техніки спроможні серйозно ускладнити дію кримінально-правової норми або навіть зробити її «мертвою».

Примітки як один із засобів законодавчої техніки – дієвий інструмент кримінально-правового регулювання, використання якого дає змогу скоректувати застосування тих чи інших кримінально-правових приписів, внести зміни у механізм реалізації кримінальної відповідальності. Примітки містять, хоч і допоміжну, проте важливу інформацію, яка розширює та поглиблює наше уявлення про ситуацію, на яку розрахована певна кримінально-правова норма. П. 3 і п. 4 примітки ст. 364 КК, за усталеною в кримінально-правовій доктрині класифікацією приміток [1, с. 92–96], є примітками-критеріями.

У першу чергу ми вирішили проаналізувати пояснювальну записку до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – законопроект). Тим більше, що в юридичній літературі слушно наголошується на доцільності звернення при тлумаченні кримінально-правових норм до додаткових форм встановлення волі законодавця – стенограм Верховної Ради України (далі – ВРУ), текстів законопроектів, пояснювальних записок до них тощо [2, с. 32].

Отже, у згаданій пояснювальній записці зазначалось, що метою законопроекту є виконання рекомендацій експертів Європейської Комісії щодо удосконалення положень антикорупційного законодавства, наданих у рамках переговорів щодо лібералізації ЄС візового режиму для України [3]. Щоправда, цей супровідний документ не вказує на внесення змін до примітки ст. 364 КК, оскільки відповідна пропозиція була відсутня в законопроекті, поданому на розгляд ВРУ до першого читання. Згодом, коли законопроект приймався в другому читанні та в цілому, голова Комітету ВРУ з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією В.В. Чумак зазначив, що в Закон увійшли всі норми, які враховують імплементацію Україною Конвенції ООН проти корупції, Кримінальної конвенції проти корупції, а також рекомендацій GRECO, висловлених Україні на першому і другому етапах моніторингу антикорупційної політики. Було подано 149 поправок, дуже багато з яких враховано [4]. Скоріше за все, однією з цих врахованих поправок і було положення про внесення аналізованих змін до примітки ст. 364 КК. Однак підтвердити це припущення ми не змогли, оскільки ознайомитися з текстом законопроекту, поданого до другого читання, і порівняльними таблицями до нього не вдалося через

¹ Стаття написана в співавторстві з Г.М. Зеленовим та опублікована: Право України. – 2015. – № 12. – С. 69–81.

їх відсутність у відкритому доступі. Таким чином, з'ясувати, чого насправді прагнув законодавець, вносячи зміни до примітки статті 364 КК, на жаль, не вдалося.

Не виключено, однак, що жодного прагнення і не було. За повідомленнями ЗМІ, одним з управлінь Генеральної прокуратури України наразі проводиться досудове розслідування кримінального провадження, розпочато 18 травня 2015 р. за фактом службового підроблення законопроекту за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК [5]. Як зазначено в ухвалі Печерського районного суду м. Києва від 15 червня 2015 р. досудовим розслідуванням встановлено, що невістановлені народні депутати України та службові особи Апарату ВРУ, діючи умисно і з метою перешкоджання притягненню окремих осіб до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 364–367 КК, після голосування народними депутатами України в другому читанні законопроекту від 25 березня 2014 р. № 4556 та прийняття в цілому Закону від 13 травня 2014 р., внесли до нього завідомо неправдиві відомості, які народними депутатами України не розглядалися та за які вони не голосували. Унаслідок цього було внесено зміни в пункти 3 і 4 примітки ст. 364 КК, згідно з якими кримінально караними визнаються лише ті протиправні діяння у сфері службової діяльності, передбачені ст. ст. 364–367 КК, які заподіяли матеріальні збитки [6]. Виходить, що допоки триває розслідування, остаточно відповісти на питання, що саме стало причиною аналізованих законодавчих змін, не видається за можливе.

Якщо все ж виходить з того, що ці зміни не були спонтанними і, тим більше, результатом службового підроблення під виглядом «техніко-юридичного доопрацювання прийнятого закону», то вони цілком могли бути обумовлені тим, що відповідні статті КК у юридичній літературі вже тривалий час піддавалися досить жорсткій критиці.

Так, М.І. Хавронюк писав, що ст. 364 КК є дуже складною в застосуванні, оскільки містить багато оціночних ознак і застосовується лише як додаткова, а тому потреби в її існуванні не існує. Її відсутність в КК цілком може компенсуватися кваліфікуючою ознакою на кшталт «вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища» [7, с. 64]. Згодом правник уточнив свою позицію, вказавши на допустимість кримінальної відповідальності за умисне зловживання службовим становищем у формі порушення законодавства службовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи; в решті випадків «вчинення діяння службовою особою з використанням службового становища» має передбачатись як обтяжуюча ознака у статтях КК про діяння, що вчиняються службовими особами [8]. Надалі, піддаючи критиці передбачені ст. ст. 364 і 365 КК склади злочинів, М.І. Хавронюк зазначає, що в більшості кримінальних кодексів держав Європи, крім держав СНД, не передбачено відповідальності за зловживання владою чи службовим становищем та за перевищення влади чи службових повноважень. Зазвичай кримінальна відповідальність встановлена тільки за конкретні, чітко визначені дії, що становлять собою спеціальні випадки незаконного використання службового становища. Такий стан речей є результатом дії принципу правової визначеності, за яким кожен західний чиновник і посадовець чітко знає, що він може робити, а чого – не може [9].

Свого часу ми також розглядали питання визначення суспільно небезпечних наслідків як обов'язкових ознак складів злочинів, передбачених, зокрема, ст. ст. 364 і 365 КК, зазначаючи, що поняття «істотна шкода» залишається оціночною категорією. І питання, чи визнавати завдану службовим правопорушенням шкоду істотною, вирішується в кожному конкретному випадку з урахуванням важливості та обсягу порушених інтересів, ступеня негативного впливу на нормальну діяльність підприємств і організацій, кількості потерпілих громадян, тяжкості заподіяної їм майнової, фізичної і моральної шкоди, інших факторів (абз. 4 п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 5 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»). При кримінально-правовій оцінці поведінки службової особи як зловживання владою або службовим становищем не можна обмежуватись вказівкою на істотну шкоду певним правоохоронюваним інтересам: у процесуальних документах має наводитись належне обґрунтування наявності цієї ознаки [10, с. 432]. Як справедливо писав О.Я. Светлов, вільне тлумачення оціночних ознак на кшталт істотної шкоди у складі злочинного зловживання владою або службовим становищем може призвести до необґрунтованого притягнення осіб до кримінальної відповідальності [11, с. 23]. «Ні теорії, ні практиці застосування кримінального законодавства про службові злочини поки що не вдалося виробити прийнятного поняття істотної шкоди в нематеріальному вимірі, або хоча б запропонувати більш-менш визначені критерії, які б дозволили найбільш точно формалізувати цю оціночну ознаку» [12, с. 80].

При розгляді поставленого питання нами було проаналізовано окремі матеріали судової практики та встановлено, зокрема, що вироком Царичанського районного суду Дніпропетровської області працівника міліції А.З. було визнано винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 364 КК. Судом доведено, що А.З., який діяв спільно з іншим працівником міліції, керуючись корисливим мотивом та використавши своє службове становище, грубо порушив вимоги закону, а саме не склав протокол про адміністративне правопорушення. Своїми діями А.З. порушив вимоги низки нормативних актів, а також свої функціональні обов'язки, не зареє-

струвавши у встановленому порядку виявлену дорожньо-транспортну пригоду та не склавши відповідного адміністративного протоколу. Будучи працівником правоохоронного органу винний своїми діями завдав істотної шкоди, що виразилася у підриві авторитету органів державної влади.

Нами було висловлено думку про наявність у діях А.З. всіх ознак зловживання владою або службовим становищем, за винятком однієї – суспільно небезпечних наслідків. Якщо виходити з того, що ці наслідки знаходять свій прояв у підриві авторитету та престижу органів внутрішніх справ (далі – ОВС), то за такою логікою будь-яке службове зловживання та і взагалі будь-яке дисциплінарне правопорушення працівника ОВС має своїм наслідком підрив авторитету та престижу органів влади, оскільки ганьбить державу та систему її органів. При цьому ні у вироку суду, ні в ухвалях апеляційної та касаційної інстанцій, винесених щодо А.З., всупереч вимогам кримінально-процесуального законодавства не розкривалось, як саме було підірвано авторитет державного органу [10, с. 433].

У розглядуваному контексті нами було зазначено, що не варто переоцінювати значення роз'яснення, наведеного в абз. 3 п. 6 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», згідно з яким істотною шкодою нематеріального характеру може визнаватись, зокрема, підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування. Адже в цьому роз'ясненні одне оціночне поняття виражається за допомогою іншого оціночного поняття. Також було звернуто увагу на те, що з урахуванням абз. 3 п. 6 постанови Пленуму ВСУ не можна було однозначно сказати, чи є перераховані в ній конкретні наслідки (включаючи підрив авторитету та престижу державних органів) проявами «істотної шкоди» у будь-якому випадку їхнього спричинення. З урахуванням оціночного характеру ознаки «істотна шкода» ми підтримали висловлювання К.П. Задої про те, що порушення прав та свобод громадян, підрив авторитету та престижу органу державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки та умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів не в усіх випадках можуть свідчити про заподіяння істотної шкоди [13, с. 69]. На підставі зазначеного робився висновок про те, що про підрив авторитету і престижу ОВС, а отже, про істотну шкоду державним інтересам як ознаку зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) можна вести мову лише в сукупності з іншими суспільно небезпечними наслідками матеріального або нематеріального характеру (наприклад, із приховуванням тяжкого чи особливо тяжкого злочину). Достатніх підстав визнавати підривом авторитету та престижу ОВС приховування факту незначного за ступенем суспільної небезпеки правопорушення не було [10, с. 433; 14, с. 102–104].

Отже, якщо розглядуване уточнення кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» не було результатом злочинної поведінки певних суб'єктів, залучених до законотворчого процесу, то з урахуванням викладеного вище є підстави припустити, що при внесенні аналізованих змін до примітки ст. 364 КК законодавець прагнув обмежити сферу застосування значною мірою «гумових» кримінально-правових заборон, закріплених, зокрема, у ст. ст. 364 і 365 КК. Постає, однак, питання, чи вдалося йому втілити цю гідну ідею (свою волю) в Законі від 13 травня 2014 р.? Можемо констатувати, що ні, оскільки думки фахівців із питання про змістовне наповнення кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» розділилися.

Так, прогнозуючи наслідки законодавчих змін від 13 травня 2014 р., О.К. Марін зазначає, що вони істотно звужують сферу застосування статей 364–367 КК, хоч і до цього практика знала небагато випадків, коли у зміст істотної шкоди чи тяжких наслідків включалися наслідки немайнового характеру. Поряд із цим, на думку дослідника, не зрозумілою стає кримінально-правова оцінка, наприклад, невиконання службовою особою своїх обов'язків через несумлінне ставлення до них, що потягнуло заподіяння шкоди життю або здоров'ю потерпілого. Якщо раніше такі випадки могли бути кваліфіковані за ч. 2 ст. 367 КК, то тепер – однозначно ні. Що робити, якщо така службова недбалість не передбачена спеціальними нормами інших розділів Особливої частини КК, законодавець не пояснює. Отже, отримуємо ситуацію, коли очевидно суспільно небезпечні діяння опиняються поза сферою дії КК, є фактично декриміналізованими [15, с. 102].

На думку С.В. Бабаніна, формальне визначення істотної шкоди і тяжких наслідків у примітці ст. 364 КК лише як матеріальної шкоди є невиправданим. Такий підхід виключає можливість визнання істотною шкодою або тяжкими наслідками випадків спричинення шкоди здоров'ю, життю людини, нематеріальним правам, свободам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Науковець висловлюється за повернення до попередньої редакції дефініцій понять істотної шкоди та тяжких наслідків [16, с. 24–25].

К.П. Задоя пише, що істотна шкода та тяжкі наслідки як ознаки складів відповідних службових злочинів можуть полягати виключно в шкоді майнового характеру. Остання включає в себе: втрати у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі; витрати, які особа зробила або мусила зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які могли б бути реально одержані за звичайних обставин, якби не було порушено певне право (упущена вигода). Якщо при зловживанні владою, службовим становищем

або повноваженнями чи службовій недбалості (статті 364, 364-1, 365-2, 367 КК) поряд із майновою шкодою спричиняється шкода життю або здоров'ю людини, остання потребує додаткової кваліфікації за відповідними положеннями КК [17, с. 32–35].

Вилучення на підставі Закону від 13 травня 2014 р. з примітки ст. 364 КК слів «якщо вона полягає в заподіянні матеріальних збитків...» В.В. Антипов витлумачив як віднесення до суспільно небезпечних наслідків службових злочинів шкоди лише матеріального характеру, що, на думку згаданого автора, є результатом допущеної законодавцем помилки, яка потребує негайного усунення [18, с. 9–13]. Подібним чином висловлюється О.В. Баганець, на думку якого вказані законодавчі зміни суперечать ч. 1 ст. 1 КК України, а також ст. 3 Конституції України (головний обов'язок держави – захист прав і свобод людини); така декриміналізація є бонусом для злочинців – службовців. Зокрема, до кримінальної відповідальності не можуть бути притягнуті службові особи органів прокуратури, які незаконно закривають кримінальне провадження, знищують речові докази тощо [19].

М.І. Мельник у своєму відгуку як офіційного опонента на кандидатську дисертацію В.Я. Громка «Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України» (Львів, 2015 р.) відзначає, що за чинною редакцією статті 364 КК склад зловживання службовим становищем має місце лише тоді, коли використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби завдало істотної шкоди матеріального характеру. Це істотно звузило можливість кримінально-правового реагування на службові зловживання, вивівши з під дії кримінального закону заподіяння в результаті таких діянь фізичної або іншої шкоди. Це, крім усього іншого, породило проблему правової оцінки вищих посадових осіб держави, керівників та інших співробітників правоохоронних органів за вчинені ними діяння стосовно учасників Революції гідності. М.І. Мельник висловлює припущення, що ці зміни були внесені зовсім не випадково і приймалися з далекоглядною метою, яка матиме важливе значення для розслідування службових злочинів, вчинених, зокрема, у період з листопада 2013 р. по лютий 2014 р. У Рекомендаціях V Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності» (8–9 жовтня 2015 р., м. Харків) говориться, що чинні редакції пунктів 3 і 4 примітки ст. 364 КК зводять розглядувані суспільно небезпечні наслідки лише до майнової шкоди, і це означає безпідставну декриміналізацію значного масиву суспільно небезпечних діянь службових осіб, які повинні тягти кримінальну відповідальність.

Однак не всі науковці поділяють наведену позицію.

Так, В.І. Тютюгін вказує, що у пунктах 3, 4 примітки ст. 364 КК визначення «істотної шкоди» та «тяжких наслідків» розкриваються лише стосовно заподіяння майнової (матеріальної) шкоди, однак вказані ознаки охоплюють і наслідки немайнового (нематеріального) характеру. Свою позицію вчений обґрунтовує тим, що в диспозиціях частини статей розділу XVII Особливої частини КК істотна шкода характеризується через вказівку на охоронювані законом права, свободи та інтереси, яким вона може бути завдана, а останні, своєю чергою, не можуть мати суто майнового характеру. Тому шкода може бути визнана істотною, якщо порушуються не тільки майнові, а і інші, наприклад, основні конституційні права і свободи людини і громадянина (право на життя, здоров'я, особисту безпеку і недоторканність, виборчі, житлові, трудові права тощо). До того ж наявність примітки у відповідній статті не означає, що в ній у повному обсязі розкривається зміст відповідних ознак складу злочину. Як правило, примітка (це стосується і примітки ст. 364 КК) лише уточнює, конкретизує окремі положення, використані в диспозиції. Відповідно, істотна шкода як результат вчинення службових злочинів може виражатись і в наслідках тільки нематеріального характеру, а може поєднувати в собі наслідки матеріального і нематеріального характеру [20, с. 9–10; 21, с. 130].

К.П. Задоя називає висловлені міркування прийнятними, але якщо орієнтуватися на «старі» редакції пунктів 3 і 4 примітки ст. 364 КК. На сьогодні ж вони сформульовані таким чином, що це виключає можливість їх «широкого» розуміння. Стверджується, що законодавець сформулював визначення понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» у спосіб, який звузив їх зміст до майнової «складової». У положеннях розділу XVII Особливої частини КК істотна шкода характеризується через зазначення прав, свобод та інтересів, яким вона може бути спричинена. Однак таку вказівку можна розглядати і не як «підказку» законодавця щодо змісту істотної шкоди (як це вважає, зокрема, В.І. Тютюгін), а як окреслення сфер, в яких може бути завдано істотну шкоду [17, с. 32–33].

В.Б. Харченко також обстоює позицію, згідно з якою «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» як ознаки відповідних складів злочинів охоплюють і наслідки немайнового (нематеріального) характеру. Дослідник вважає, що примітка ст. 364 КК не встановлює злочинності та караності будь-якого діяння, а є легальним тлумаченням кримінального закону. В цьому тлумаченні припустимі виключно елементи розвитку закону, але суворо в межах юридичної норми, що тлумачиться. Самі ж юридичні норми – диспозиції ст. ст. 364–367 КК у частині визначення суспільно небезпечних наслідків (істотної шкоди та тяжких наслідків) – на підставі Закону від 13 травня 2014 р. змін не зазнали. Тому припущення про те, що значна частина діянь законодавцем декриміналізована, позбавлене будь-якого нормативно-правового підґрунтя. Істотна шкода і тяжкі наслідки, як і

раніше, мають місце як у випадку спричинення матеріальних (майнових) збитків, що у 100 (250) і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян (якщо вони полягають у завданні матеріальних збитків), так і у випадку заподіяння суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру [22, с. 56–61].

На сьогодні немає єдиного підходу щодо змісту розглядуваних кримінально-правових понять і в правозастосовній практиці. Деякі суди, розглядаючи кримінальні провадження про службові злочини, продовжують орієнтуватися на «широке» розуміння понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» (наприклад, в одній зі справ істотною шкодою службового зловживання було визнано «підрив авторитету та престижу Херсонського територіального відділення Антимонопольного комітету України») [17, с. 32–33; 18, с. 11–12; 23, с. 228]. Водночас інші правозастосувачі обстоюють положення про звуження змісту цих понять до майнової шкоди [24; 25].

З урахуванням зазначеного вище і визнаного в кримінально-правовій доктрині імперативу «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», який як прояв (аспект) одного з правових принципів має врешті-решт знайти закріплення в КК, робимо проміжний висновок про те, що у зв'язку з внесенням на підставі Закону від 13 травня 2014 р. змін до примітки ст. 364 КК відбулося звуження змісту кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки».

Суспільно небезпечні наслідки, які позначаються термінами «істотна шкода» і «тяжкі наслідки», передусім можуть полягати в конкретних матеріальних (а точніше майнових) збитках. Це, зокрема: втрата власності на грошові кошти або інше майно; ненадходження коштів, які повинні були надійти як обов'язкові платежі; пошкодження, знищення або зношування майна; за певних умов це може бути і втрачена (упущена) вигода. Ми поділяємо думку М.М. Сивака про те, що в тих статтях Особливої частини КК, де майнова шкода може мати характер лише реальних збитків, у примітках-критеріях доцільно робити відповідну вказівку. Якщо остання відсутня (як це і має місце в чинних редакціях п. 3 і п. 4 ст. 364 КК), то майнова шкода може мати вигляд і реальних збитків, і упущеної вигоди [1, с. 136].

Водночас, на нашу думку, не виключається охоплення вказаними поняттями і інших суспільно небезпечних наслідків, які набувають вигляду порушення прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави або територіальної громади. Виходимо з того, що: 1) на сьогодні немайна шкода досить часто носить умовний характер та в ряді випадків може одержати майновий еквівалент (вимір) або, інакше кажучи, грошову оцінку (наприклад, шкода здоров'ю може обчислюватися грошима, потрібними для його відновлення); 2) у примітках статей Особливої частини КК розміщується лише певна частина гіпотези або диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми. Законодавча ж вказівка в диспозиціях чинних редакцій відповідних кримінально-правових заборон на завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам певних суб'єктів, як слушно заважає Н.М. Ярмиш, означає, що «йдеться про всі без винятку блага, які належать людині, державі, суспільству» [26, с. 138].

До речі, залишення законодавцем в ч. 3 ст. 365 КК посилання у т. ч. на ч. 2 цієї статті попри те, що в останній передбачено відповідальність лише за таке перевищення влади або службових повноважень, яке поєднується з посяганням на життя і здоров'я людини, на нашу думку, є додатковим контраргументом проти занадто вузького і пануючого нині в кримінально-правовій доктрині розуміння понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки».

Головне – щоб у зв'язку з відновленням порушених прав, свобод чи законних інтересів суб'єкт права, якому були заподіяні суспільно небезпечні наслідки, зазнав майнових витрат (поніс майнові втрати), що перевищують сто або двісті п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, відповідно. Сказане впливає з того, що внаслідок набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р. аналізовані суспільно небезпечні наслідки стали формалізованими. Так, це можуть бути витрати на відновлення тимчасово втраченої працездатності. Якщо ж порушені права неможливо відновити повністю або частково, то при встановленні розміру завданої шкоди варто виходити з можливості визначити грошовий еквівалент тих втрат, яких суб'єкт зазнав через позбавлення відповідного права (наприклад, неотримані потерпілим доходи у зв'язку з постійною втратою ним працездатності). На нашу думку, тут може стати у нагоді, зокрема, підхід, вироблений для відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів, відповідно до якого суми цього відшкодування повинні покривати щонайменше такі види збитків, як: втрата заробітку; витрати на ліки та госпіталізацію; витрати на реабілітацію від фізичних і психологічних травм; витрати на поховання; витрати на утримання (йдеться про осіб, які утримувались загинули) [27, с. 8].

Фактично такої ж позиції дотримується В.О. Навроцький, який зазначає, що наслідки нематеріального характеру, пов'язані із заподіянням шкоди соціального, політичного, морального, організаційного та іншого характеру, не мають грошової оцінки. Відповідно, неможливо визначити еквівалент такої шкоди в одиницях, кратних неоподатковуваним мінімумам доходів громадян. Відтак, щодо статей КК про злочини у сфері службової діяльності, на які поширюється роз'яснення поняття істотної шкоди та тяжких наслідків, не можна встановити зміст наслідків нематеріального характеру. Винятком може бути хіба що врахування похідних наслідків, а саме заподіяння: фізичної шкоди – витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян – витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому

під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення тощо). Розглядувана законодавча новела означає часткову декриміналізацію посягань у сфері службової діяльності [28, с. 35–36].

Звісно, що за умови сприйняття практикою пропонованого нами і В.О. Навроцьким підходу (а ми чудово усвідомлюємо його компромісний і вимушений характер) у вирокі суду має бути чітко визначено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. При цьому обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено та не викликати сумніву. Тобто у вирокі має міститись належне обґрунтування визнання тих чи інших наслідків, які, на перший погляд, носять не майновий, а, наприклад, фізичний характер, проявами істотної шкоди або тяжких наслідків. В інших випадках вести мову про кримінальну відповідальність можна лише тоді, коли відповідальність за окремі випадки службових зловживань (перевищень) встановлена у спеціальних нормах КК, що не передбачають як криміноутворюючу ознаку настання майнових збитків (наприклад, основні склади злочинів, передбачених статтями 371–375 КК).

Викладені вище міркування присвячені тлумаченню чинного кримінального закону, недосконалість якого в розглянутій частині є очевидною: зводити суспільно небезпечні наслідки як ознаки складів злочинів, передбачених ст. ст. 364–367 КК, лише і саме до наслідків, що піддаються грошовій оцінці, вважаємо принципово неправильним. Разом з тим неприйнятним буде і повернення до стану справ, існуючого до набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р., коли істотна шкода і тяжкі наслідки в частині, відмінній від майнової шкоди, носили оціночний («гумовий») характер. У зв'язку з цим актуалізується питання про теоретичне обґрунтування оптимізації законодавчого описання суспільно небезпечних наслідків як ознак складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

1. Сивак М. М. Примітки статей Особливої частини Кримінального кодексу України : теоретико-прикладний аналіз : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сивак Микола Миколайович. – К., 2013. – 180 с.
2. Денькович О. І. Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Денькович Ольга Іванівна. – Львів, 2015. – 270 с.
3. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50403.
4. Стенограма тридцять шостого засідання сесії Верховної Ради України VII скликання (13 травня 2014 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://portal.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/5262.html>.
5. ГПУ расследует фальсификацию антикоррупционного закона в Раде // LB.ua : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lb.ua/news/2015/11/03/320039_gpu_rassleduet_falsifikatsiyu.html.
6. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 15 червня 2015 р. у справі № 757/20377/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45984884>.
7. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального Кодексу України / М. І. Хавронюк. – К., 2004. – 504 с.
8. Хавронюк М. «Проблема Т.» і законні засоби її вирішення / М. Хавронюк // Дзеркало тижня. – 24 березня 2012 р. – № 11.
9. Хавронюк М. Чому в Європі не розуміють прислів'я «від тюрми не зарікайся» / Микола Хавронюк // Українська правда. – 6 жовтня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/articles/2011/10/6/6642959>.
10. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – 2-ге вид. – К., 2013. – 786 с.
11. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / А. Я. Светлов. – К., 1978. – 303 с.
12. Хашев В. Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Хашев Вадим Георгійович. – Дніпропетровськ, 2007. – 259 с.
13. Задоя К. П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Задоя Костянтин Петрович. – К., 2009. – 231 с.
14. Дудоров О. О. Ще раз про принципи кримінально-правової кваліфікації та реалії правозастосування / О. О. Дудоров, Є. О. Письменський // Забезпечення органами внутрішніх справ європейських стандартів прав людини у своїй діяльності : тези науково-практичного семінару (Львів, 7 грудня 2012 р.). – Львів, 2012. – С. 101–106.

15. Марін О. К. Потенційні проблеми застосування норм про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг / О. К. Марін // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні. – К., 2014. – С. 98–102.
16. Бабанін С. В. Окремі питання удосконалення кримінального законодавства у сфері протидії корупції / С. В. Бабанін // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 р., м. Харків. – Х., 2015. – С. 23–25.
17. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К. П. Задой. – К., 2014. – 135 с.
18. Антипов В. В. Щодо «випадкової декриміналізації» злочинів у сфері службової діяльності / В. В. Антипов // Новітні кримінально-правові дослідження – 2015 : збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв, 2015. – С. 9–13.
19. Баганець О. Нова-стара Конституція. Роздуми над проектом Основного Закону України, презентованим Конституційною комісією в червні цього року / О. Баганець // Юридичний вісник України. – 1–7 червня 2015 р. – № 30.
20. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навчально-практичний посібник / за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. – Х., 2014. – 232 с.
21. Тютюгін В. І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : поняття, загальні ознаки та види / В. І. Тютюгін // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 4. – С. 121–141.
22. Харченко В. Б. Істотна шкода і тяжкі наслідки : сутність та визначення за чинним КК України // Кримінальне право : традиції та новації : матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В. В. Сташиса, 9–10 липня 2015 р. – Полтава, Х., 2015. – С. 56–61.
23. Антипов В. В. Щодо визначення поняття шкоди як наслідку суспільно небезпечного діяння / В. А. Антипов // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х., 2015. – С. 226–228.
24. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 26 червня 2015 р. у справі № 757/22174/15-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47788117>.
25. Судебная речь А. Н. Готина в защиту депутата Гордиенко С. В., обвиняемого в принятии «диктаторских законов» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.youtube.com/watch?v=U_zp8-5hW1c.
26. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. / Н. М. Ярмиш. – К., 2014. – 192 с.
27. Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів : європейські стандарти і зарубіжне законодавство / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Б. В. Малишев, З. М. Саїдова / за заг. ред. О. А. Банчука. – К., 2015. – 268 с.
28. Навроцький В. О. Кримінально-правове значення зміни законодавчої характеристики наслідків злочинів у сфері службової діяльності // Кримінальне право: традиції та новації : матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В. В. Сташиса, 9–10 липня 2015 р. – Полтава, Х., 2015. – С. 34–37.

ПРОПОЗИЦІЯ ТА ОБІЦЯНКА НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ЯК ФОРМИ КОРУПЦІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ¹

Кримінальна конвенція РЄ про боротьбу з корупцією, Цивільна конвенція РЄ про боротьбу з корупцією та Конвенція ООН проти корупції вимагають від держав-учасниць цих міжнародних угод встановлення кримінальної відповідальності за корупційні злочини не лише у вигляді «надання» чи «отримання» неправомірної вигоди, а і, зокрема, «пропонування» та «обіцянки» цієї вигоди. У згаданих документах йдеться також про потребу встановлення кримінальної відповідальності за «прийняття пропозиції чи обіцянки» такої вигоди.

Автономна природа розглядуваних корупційних діянь, які з метою усунення будь-яких правових прогалин мають бути криміналізовані як закінчені злочини, означає, наприклад, що пропозиція (обіцянка) неправомірної переваги не потребує від іншої сторони позитивної відповіді і навіть обізнаності про таку пропозицію (обіцянку). Крім цього, кримінальна відповідальність за пропозицію (обіцянку) неправомірної переваги вважається більш ефективним заходом, ніж спроба охопити ці діяння поняттям замаху на злочин. Адже достатньо доказати умисну пропозицію (обіцянку) хабара, а не намагатись довести намір дати хабар, який не був реалізований у зв'язку з обставинами, що знаходяться поза контролем правопорушника [1, с. 54, 56].

Здійснена на підставі Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» криміналізація пропозиції хабара (наразі неправомірної вигоди) стала, як відомо, однією з найбільш дискусійних новел сучасного антикорупційного законодавства України. Варто уточнити, що і до цих законодавчих змін особа, яка пропонувала хабар, повинна була підлягати кримінальній відповідальності за невдале підбурювання до одержання хабара. Має рацію В.М. Бурдін, на думку якого в 2011 р. відбулася криміналізація пропозиції хабара в тій частині, в якій вона може розглядатись як готування до давання хабара. Тобто виділення в КК України пропозиції хабара в самостійне злочинне діяння варто розглядати одночасно і як криміналізацію (в частині готування до давання хабара), і як диференціацію кримінальної відповідальності (в частині замаху на підбурювання до одержання хабара) [2, с. 71–97].

До набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. у судовій практиці особа, яка лише пропонувала хабар, не супроводжуючи таку пропозицію вчиненням дій, спрямованих на її реалізацію, традиційно не притягувалась до кримінальної відповідальності через визнання вчиненого нею лише виявленням наміру, що не містить ознак складу злочину. Супротивники встановлення кримінальної відповідальності за пропозицію неправомірної вигоди традиційно вказують на те, що така пропозиція є нічим іншим, як виявленням наміру на вчинення злочину, яке у вітчизняному кримінальному праві не визнається караною поведінкою. Адже особа за свої наміри і думки, наскільки б антисоціальним вони не були, не повинна підлягати кримінальній відповідальності. Закріплений у КК України підхід щодо безкарності виявлення наміру виходить із визнання злочином лише суспільно небезпечного діяння – дії або бездіяльності (ч. 1 ст. 11 КК), ґрунтується на відомих ще римському праву тезах *nullum crimen sine actus* (немає злочину без вчинення дії), *cogitationis poenam nemo patitur* (думки не караються), враховує положення ст. 34 Конституції України про право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Кардинальна зміна підходів щодо злочинності пропозиції хабара (неправомірної вигоди) була зумовлена сприйняттям нашою державою згаданих вище міжнародно-правових стандартів щодо протидії корупції. Зрозуміло, що такий крок не повною мірою узгоджується з процесуальною здійсненністю кримінального переслідування як одним із принципів криміналізації. З цього приводу В.А. Мисливий пише: «Багаторічна практика боротьби з хабарництвом показує, що його викриття має свої особливості, які пов'язані виключно зі складнощами доведення об'єктивної сторони давання хабара... Невипадково діяльність працівників відповідних служб правоохоронних органів при викритті хабарництва, як правило, передбачає застосування оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування злочинних дій, зокрема, спеціальне маркування предмету хабара, застосування відеозапису тощо» [3]. Криміналізацію пропозиції неправомірної вигоди названий дослідник розцінює як небезпечний прецедент законодавчого закріплення караності виявлення умислу, що може призвести до свавілля у кримінальному судочинстві [4, с. 146]. Вказану позицію підтримує чимало українських дослідників. Так, О.О. Кваша пропонує скасувати кримінальну відповідальність за пропозицію надання неправомірної вигоди як за прояв надмірної криміналізації, мотивуючи свою точку зору тим, що таке діяння є за своєю природою виявленням наміру [5, с. 15, 260, 287]. Інші автори вказують на те, що довести серйозність, реальність і готовність до здійснення відповідного наміру практично неможливо. Якщо ж такі дії носять більш реальний характер і підтверджені конкретними домовленостями щодо вартості неправомірної вигоди, місця і способу її передання (отримання) тощо, то їх слід вважати готуванням до вчинення злочину [6, с. 83–84].

¹ Стаття опублікована: Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 29–30 січня 2016 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоець. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 113–121.

Разом з тим варто мати на увазі, що ті випадки пропозиції хабара, які піддавались кримінально-правовій оцінці і згідно з чинним раніше законодавством визнавались (зокрема, в опублікованих рішеннях Верховного Суду України) незлочинним виявленням наміру, були встановлені і доведені в порядку, визначеному КПК України. Крім того, усвідомлення того факту, що вже сама пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди є достатньою підставою для притягнення до кримінальної відповідальності потенційного надавача неправомірної вигоди, може слугувати істотним стримуючим фактором корупції. Самостійна (у вигляді окремих кримінально-правових заборон) відповідальність за пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди має місце в країнах із низьким рівнем корупції. До того ж ніхто не сумнівається в існуванні так званих інформаційних злочинів, вчинюваних шляхом виголошування або написання слів, фраз, промов (різноманітні погрози, заклики, розголошення тощо).

Визнавши на виконання міжнародно-правових зобов'язань закінченими злочинами пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди і «дзеркальне» їм прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, український законодавець у такий спосіб унеможливив: 1) пом'якшення покарання за такі форми корупційної поведінки на підставі ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК; 2) застосування при кримінально-правовій оцінці вказаних корупційних діянь ч. 2 ст. 14 КК; 3) звернення в таких випадках до ст. 17 КК «Добровільна відмова при незакінченому злочині».

Так, якщо особа спочатку запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду відповідному адресату, а згодом відмовилась її надати, вчинене не може розцінюватись як добровільна відмова при незакінченому злочині, адже в такій поведінці особи вбачаються ознаки закінченого складу злочину, передбаченого тією чи іншою нормою КК. Відповідний корупційний злочин слід вважати закінченим із моменту доведення пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди до відома належного адресата. Те, як останній відреагував на вказану пропозицію (обіцянку), а так само, чи мало місце в подальшому надання-одержання неправомірної вигоди, не впливає на визнання злочину у формі пропозиції (обіцянки) закінченим.

Доведення наміру (бажання, готовності) надати неправомірну вигоду до відома особи, яка не є суб'єктом певного корупційного злочину, із розрахунком на те, що така особа повідомить належного адресата, у випадку, якщо цей розрахунок на виправдався, має кваліфікуватись як замах на пропозицію неправомірної вигоди. Така ж кримінально-правова оцінка має даватись у випадках, коли пропозиція неправомірної вигоди з інших причин не дійшла до адресата (наприклад, така пропозиція була перехоплена правоохоронними органами).

Оскільки в переважній більшості європейських країн готування до кримінального правопорушення не карається (за деякими винятками), а замах карається лише в окремих, прямо передбачених законом випадках, імплементація наведених вище положень міжнародних договорів антикорупційного спрямування в цих країнах відбулася шляхом встановлення кримінальної відповідальності за «пропонування», «обіцянку» та «прийняття пропозиції чи обіцянки» неправомірної вигоди безпосередньо у заборонних нормах Особливої частини КК. У кримінальному праві України ситуація принципово інша: КК прямо передбачає відповідальність за готування до будь-якого умисного злочину (крім злочину невеликої тяжкості), а також за замах на будь-який умисний злочин. КК України відома лише досить невелика кількість складів злочинів, які (у зв'язку з їх підвищеною суспільною небезпекою) вважаються закінченими на стадії готування. Інакше кажучи, якби в Особливій частині КК України були закріплені склади лише корупційних злочинів, що полягають у наданні-одержанні неправомірної вигоди, як це і мало місце раніше, відповідальність за «пропозицію», «обіцянку», «прийняття пропозиції чи обіцянки» могла б наставати за ст. 14 (ст. 15) і тією нормою Особливої частини КК, яка описує певний закінчений злочин.

Усупереч зазначеній специфіці вітчизняного кримінального законодавства імплементація положень згаданих міжнародних угод в Україні відбулася за загальноєвропейським зразком. Як наслідок, в Україні закінченими корупційними злочинами вважаються не лише «класичні» корупційні злочини у вигляді надання або одержання неправомірної вигоди за вчинення/невчинення певними особами тих чи інших дій, а і: 1) пропозиція неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-2 КК); 2) обіцянка неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-2 КК); 3) прийняття пропозиції неправомірної вигоди (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК); 4) прийняття обіцянки неправомірної вигоди (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК); 5) прохання надати неправомірну вигоду (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 1 ст. 368-3; ч. 1 ст. 368-4 КК).

При цьому в чинному КК не зазначено, що на всі ці заборонні норми більше не поширюються положення статей 14–16 КК, а отже, наразі він передбачає відповідальність і за: готування до «пропозиції» та «обіцянки» неправомірної вигоди; готування до «прийняття пропозиції» та «прийняття обіцянки» неправомірної вигоди; готування до «прохання надати неправомірну вигоду»; замах на «пропозицію» та «обіцянку» неправомірної вигоди; замах на «прийняття» пропозиції і «прийняття обіцянки» неправомірної вигоди; замах на «прохання надати неправомірну вигоду». Таким чином, в Україні склалася ситуація, за якої кримінально караними є «готування до готування», «готування до замаху» та «замах на готування». Теоретично існування таких «ускладнених» юридичних конструкцій є прийнятним, однак з погляду його антисоціального змісту такий законодавчий підхід є у край сумнівним.

Так, якщо готування полягає у створенні умов для вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК), а під пропозицією слід розуміти висловлення наміру про надання неправомірної вигоди, то виходить, наприклад, що за ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 369 КК слід кваліфікувати створення умов для висловлення наміру про надання неправомірної вигоди. Таке створення умов може знаходити свій прояв у придбанні телефону для здійснення в майбутньому телефонного дзвінка, придбанні комп'ютерної та іншої техніки, що може забезпечувати комунікацію, отриманні контактних даних службової особи чи адреси в тій чи іншій соціальній мережі, написанні чернетки листа на папері чи в електронній скриньці, купуванні конверту, встановленні дружніх стосунків із близькими тієї особи, якій планується висловити пропозицію надання неправомірної вигоди, тощо. Тобто в реальному житті готування до висловлення пропозиції/обіцянки неправомірної вигоди цілком можливе, проте в таких випадках органами досудового розслідування та судом має бути доведено, що: 1) саме ці (цілком звичайні за зовнішніми ознаками) дії були спрямовані на створення умов для висловлення наміру надати неправомірну вигоду особі за вчинення/невчинення нею тих чи інших дій; 2) таке готування характеризується суспільною небезпекою як визначальною характеристикою будь-якого злочину (ст. 11 КК). Очевидно, що надзвичайна віддаленість відповідних підготовчих дій від факту надання-одержання неправомірної вигоди вказує на те, що, за загальним правилом, такі діяння не характеризуються суспільною небезпекою.

Встановити факт замаху на зазначені корупційні злочини легше (на відміну від готування до них), адже винна особа вже почала виконувати об'єктивну сторону відповідного складу злочину. Наприклад, особа написала листа з пропозицією чи обіцянкою неправомірної вигоди (у вигляді паперового листа, електронного листа, повідомлення через будь-яку комп'ютерну програму тощо), а адресат його не отримав (через помилку листоноті, через збій у роботі мобільного пристрою, комп'ютера чи відповідної програми, що забезпечує комунікацію, через незнання специфіки функціонування засобу комунікації відправником чи адресатом, через те, що така особа не перевіряла поштову скриньку чи пропустила цей лист при опрацюванні вхідної кореспонденції у своїй електронній скриньці, тощо). Аналогічна ситуація має місце тоді, коли одна особа фактично висловила відповідну пропозицію, обіцянку, а інша – в силу об'єктивних чи суб'єктивних обставин – не усвідомила змісту відповідного повідомлення (через вади слуху, зору чи інтелектуального; через мовний бар'єр; через нерозбірливість почерку (при традиційному листуванні); у випадках, коли одна особа висловлює відповідні думки невербальним чином (жестами, мімікою, пантомімікою тощо), а інша не зрозуміла їх змісту; коли одна особа намагалася передати таку інформацію будь-яким іншим способом (наприклад, за допомогою азбуки Морзе, шляхом написання таємних листів молоком, розчином соди чи крохмалю або за допомогою шифрування), специфіка якого не дала можливості адресату отримати таке повідомлення чи усвідомити його зміст.

Часова та організаційна віддаленість діянь від самого факту надання-одержання неправомірної вигоди вже не така значна (порівняно з готуванням). Тому у випадку виявлення замаху на ці «специфічні» корупційні злочини слід вивчати всі обставини справи (зокрема, з'ясувати ступінь здійснення злочинного наміру, причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця). При цьому важливе значення має те, на який конкретно з цих «специфічних» корупційних злочинів відбувався замах. Зокрема, замах на ті з них, що належать до категорії злочинів невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368-3; ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369-2 КК), у більшості випадків варто визнавати малозначним діянням (ч. 2 ст. 11 КК України).

Законодавчі визначення понять «пропозиція» та «обіцянка» наводяться в ч. 3 примітки ст. 354 КК України. Тут зазначено, що під пропозицією у статтях 354, 368, 368-3–370 КК слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди. Доповнення статей КК України, присвячених корупційним злочинам, такою окремою (автономною) формою підкупу, як обіцянка неправомірної вигоди, своїм першоджерелом має Конвенцію ООН проти корупції і рекомендації GRECO у сфері криміналізації корупції.

Пропозиція (обіцянка) неправомірної вигоди має бути зрозумілою, недвозначною, містити усі істотні умови, може набувати різної форми – усної, письмової, конклюдентних дій тощо. Не має значення, чи винний особисто пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, чи робить це через посередників, чи вдалою була пропозиція (обіцянка) неправомірної вигоди.

Фактично наш законодавець поняття пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди розглядає як синонімічні, що не узгоджується з етимологією цих слів. Адже в українській мові під словом «обіцянка» мається на увазі добровільно дане зобов'язання зробити що-небудь, а «обіцяти» означає: давати обіцянку кому-небудь; зобов'язуватися зробити щось, діяти певним чином; давати слово, обіцювати, зарікатися; подавати надії на що-небудь. Критикуючи законодавчі визначення пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди, З.А. Загинець пише, що з погляду української мови розмежувальною ознакою між цими поняттями є не локальна і темпоральна характеристика, а наявність (відсутність) зобов'язання передати неправомірну вигоду в майбутньому. Беручи до уваги складність розмежування вказаних суспільно небезпечних діянь, авторка висловлюється за те, щоб визнавати формою злочинного підкупу лише обіцянку неправомірної вигоди [7, с. 261].

Звернемо увагу на те, що ж обіцянка, якщо керуватись її законодавчим визначенням, практично нічим не відрізняється від пропозиції, оскільки повідомлення про час, місце і спосіб надання неправомірної вигоди свідчать про конкретизацію пропозиції, а не про перетворення її на обіцянку. Не зрозуміло також, чи повинне з точки зору ч. 3 примітки ст. 354 КК повідомлення про неправомірну вигоду для того, щоб вважатись її обіцянкою, містити вказівку на всі перераховані в кримінальному законі обставини (час, місце і спосіб надання вигоди) чи лише на деякі з них (або навіть одну).

Слід погодитись із висловленою в літературі думкою про те, що пропозиція неправомірної вигоди – це дія, яка полягає у доведенні до відома належного адресата наміру (бажання, готовності) надати неправомірну вигоду за певну поведінку. При цьому ініціатива надання неправомірної вигоди виходить від особи, яка її пропонує. Натомість обіцянка неправомірної вигоди має місце тоді, коли особа домовляється із суб'єктом «пасивного» підкупу про надання неправомірної вигоди (наприклад, особа дає згоду задовольнити прохання цього суб'єкта про надання йому неправомірної вигоди після того, як суб'єктом буде виконана бажана для особи дія) [8, с. 9]. Таке відмінне від пропозиції неправомірної вигоди розуміння її обіцянки впливає з п. 36 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією. Ініціатива при обіцянці неправомірної вигоди може виходити як від особи, котра надає таку вигоду, так і від суб'єкта «пасивного» підкупу.

1. Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии : достижения и вызовы : Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009–2012 гг. – 222 с.
2. Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження) : монографія / В.М. Бурдін. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2013. – 304 с.
3. Мисливий В. Пропозиція хабара : злочин чи виявлення умислу? / В. Мисливий // Юридичний вісник України. – 2–15 січня 2010 р. – № 1-2.
4. Мисливий В.А. Кримінальний закон : питання правової дифузії // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2013. – С. 144–147.
5. Кваша О.О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Кваша Оксана Олександрівна. – К., 2013. – 467 с.
6. Кузьменко В. Положення нового антикорупційного законодавства в дії / В. Кузьменко, В. Руссков // Слово Національної школи суддів України. – 2014. – №1. – С. 81–94.
7. Загиней З. Кримінально-правова герменевтика : монографія / З. Загиней. – К. : Видавничий дім «АртЕк», 2015. – 380 с.
8. Ярошенко О.Д. Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О.Д. Ярошенко. – К., 2014. – 20 с.

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 368 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ¹

Ст. 368 чинного Кримінального кодексу України (далі – КК), яка на момент його ухвалення передбачала відповідальність за традиційне для вітчизняного кримінального права одержання хабара, а наразі – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, є однією з найбільш «багатостраждальних» у розділі XVIII Особливої частини КК: тричі ця кримінально-правова заборона викладалась у новій редакції, не кажучи вже про інші законодавчі зміни. На прикладі цієї статті КК добре помітно, що ситуація з оновленням антикорупційного законодавства поки що не ґрунтується на таких складових якісної законотворчості, як наукові знання, правова культура і законодавча техніка. Водночас унаслідок активного використання вітчизняним законодавцем «методу спроб і помилок» прогрес у зазначеній сфері відбувається при тому, що нові проблеми також з'являються, і ст. 368 КК у вказаному контексті – не виняток.

Метою пропонованої статті є з'ясування проблемних питань кваліфікації злочину «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», а також висунення на підставі аналізу відповідних рішень Верховного Суду України (далі – ВСУ) та з урахуванням здобутків доктрини (праці П.П. Андрушка, К.П. Задой, В.М. Киричка, М.І. Мельника, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, Н.М. Ярмиш та ін.) пропозицій, спрямованих на вдосконалення практики застосування ст. 368 КК.

Передусім зазначу, що кваліфікація дій службової особи за ч. 1 цієї статті КК можлива лише в тому разі, якщо розмір неправомірної вигоди не є значним, тобто є меншим за сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (це впливає з ч. 1 примітки до ст. 368 КК) та якщо у вчиненому не вбачається інших кваліфікуючих ознак розглядуваного злочину. При цьому в ч. 1 ст. 368 КК не встановлено мінімального розміру неправомірної вигоди як предмета злочину, передбаченого вказаною кримінально-правовою нормою, якій, таким чином, бракує формальної визначеності. Законодавець (треба так розуміти) виходить з того, що одержання неправомірної вигоди будь-якого розміру (прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, прохання надати її) порушує правомірне функціонування управлінської сфери, підриває її авторитет (останній кількісного виміру не має), а тому повинно визнаватись злочином.

Разом з тим у випадку одержання службовою особою незначної за розміром неправомірної вигоди (вчинення щодо неї інших діянь) можливе застосування кримінально-правової норми про малозначність. Посткримінальна поведінка порушника кримінально-правової заборони, характеристика його особи, інші обставини, що є правовими підставами для пом'якшення покарання або звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин або втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину) не мають значення в контексті встановлення наявності або відсутності малозначності за ч. 2 ст. 11 КК. Водночас при з'ясуванні питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо одержання службовою особою незначної за розміром неправомірної вигоди слід, зокрема, враховувати характер і розмір шкоди, яка заподіяна (може бути заподіяна) тим діянням, за вчинення якого одержується неправомірна вигода.

Оціночний характер малозначності діяння як кримінально-правової категорії не виключає принципово іншої (негативної) відповіді на питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо корупційних деліктів як діянь, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Адже можна міркувати приблизно так: непідкупність службової особи (іншого належного суб'єкта) порушується і у випадку одержання цим суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди; шкода, заподіювана корупційними злочинами (у розглядуваному контексті йдеться про діяння, передбачені ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4 КК), носить немайновий характер і є не прямо пропорційною, а інколи навіть зворотно пропорційною розміру неправомірної вигоди як предмета злочину (чим меншою за розміром є неправомірна вигода, тим більше страждає об'єкт корупційних злочинів). Водночас наведені міркування (їх прибічниками виступають, зокрема, Н.М. Ярмиш [1, с. 164–165] і О.З. Гладун [2, с. 106–107]) можуть розцінюватись як прояв обмежувального тлумачення чинного КК. Останній, звичайно, за умови збереження в ньому норми про малозначність повинен, обмежуючи розсуд правозастосувача, чітко розрізняти випадки, коли малозначність діяння за жодних обставин виключається, і випадки, за яких вона все ж може мати місце [3, с. 15–16].

У контексті з'ясування можливості визнання малозначним діяння, описаного в ч. 1 ст. 368 КК, варто звернути увагу і на те, що порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків має розцінюватись як передбачений ст. 172-5 Кодексу України про адміністративні проступки (далі – КАП) проступок. Відмежовуючи останній від складу злочину, описаного в ст. 368 КК, треба виходити з того, що: по-перше, у згаданій статті КАП говориться про порушення певних обмежень, а не заборон; по-друге, ст. 23 Закону від 24 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» забороняє особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону (у тому числі це «публічні» службові особи, спроможні нести кримінальну відповідальність за вчинення

¹ Стаття опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – Вип. 1. – С. 80–98.

розглядуваного злочину), безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб: а) у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; б) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи.

З урахуванням сказаного і правила, закріпленого в ч. 2 ст. 9 КАП, одержання службовою особою забороненого подарунку має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК (зокрема, за відсутності малозначності діяння).

Об'єктивна сторона складу досліджуваного злочину характеризується такими діяннями, як: 1) прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди; 2) її одержання; 3) прохання надати неправомірну вигоду.

Прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди полягає у згоді службової особи, висловленій тому, хто пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, одержати від нього таку вигоду. Інакше кажучи, це зовнішня демонстрація готовності одержати неправомірну вигоду, а не просто ухвалення суб'єктом рішення, так би мовити, для себе. Законодавче виокремлення прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди видається логічним кроком, адже таким чином у ст. 368 КК знаходить відображення система двосторонньої угоди, за якої для визнання злочину закінченим достатньо згоди адресата прийняти запропоновану (обіцяну) йому неправомірну вигоду. У такий спосіб унеможливлено ситуації, коли особа, яка запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду, підлягатиме кримінальній відповідальності, а особа, яка погодилася прийняти запропоновану (обіцяну) вигоду (якщо на цьому етапі її злочинна діяльність була виявлена і припинена правоохоронними органами), – ні.

На відміну від пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди (ч. 3 примітки до ст. 354 КК), поняття «прохання надати неправомірну вигоду» в КК не розкривається. Причому якщо в ст. 368 КК, як і ст. 354 КК, прохання надати неправомірну вигоду визнається однією з форм «пасивного» підкупу, то в ст. ст. 368-3, 368-4 КК воно з не зрозумілих причин характеризує підкуп «активний». Проте прохання надати неправомірну вигоду, так би мовити, за визначенням не може характеризувати поведінку того, хто намагається підкупити службову особу юридичної особи приватного права та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Вказівка на таке прохання в ч. 1 ст. 368-3 і ч. 1 ст. 368-4 КК є законодавчою помилкою, що потребує усунення шляхом перенесення «прохання надати неправомірну вигоду» до тих частин згаданих статей КК, у яких йому насправді місце. До речі, у Кримінальній конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, Цивільній конвенції РЄ про боротьбу з корупцією та Конвенції ООН проти корупції про потребу встановлення кримінальної відповідальності за прохання неправомірної вигоди не йдеться – у цих міжнародно-правових документах говориться лише про вимагання як одну з форм корупційної поведінки.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 368 КК, зазначу, що, з огляду на лексичне значення слова «прохати», така дія, на відміну від вимагання неправомірної вигоди, не передбачає будь-яких погроз, а є лише виявленням бажання службової особи як суб'єкта «пасивного» підкупу одержати неправомірну винагоду за вчинення або не вчинення дії з використанням службового становища. Прохання надати неправомірну вигоду – це звернення відповідного змісту у чіткій та ввічливий формі з розумінням при цьому можливості особи відмовити в задоволенні такого прохання. Прохання утворює склад закінченого злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, за умови, що подія обмежилася проханням, тобто одержати неправомірну вигоду прохачу не вдалося з причин, що від нього не залежать (інша сторона відмовилася надати неправомірну вигоду, або погодилася на прохання, але не встигла його виконати, тощо).

Якщо службова особа прийняла пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди або просила надати її для себе чи третьої особи за вчинення або не вчинення відповідних дій і протягом незначного часу одержала неправомірну вигоду, вчинене з урахуванням правила кваліфікації при конкуренції частини і цілого треба розцінювати лише як одержання неправомірної вигоди. Останнє передбачає будь-який спосіб прийняття винним неправомірної вигоди, причому як особисто, так і через посередника. За змістом ст. 368 КК неправомірна вигода може одержуватись і третіми особами – членами сім'ї службової особи, іншими особами, включаючи її кредиторів.

Не виключається надання-одержання неправомірної вигоди і шляхом бездіяльності (йдеться, наприклад, про не витребування майна, переданого раніше у тимчасове користування, не перешкодження користуватись певним майном, прощення боргу). Тому вказівка саме на «діяння» у частинах 2–4 ст. 368 КК, де формулюються кваліфіковані склади злочину, є виправданою. Натомість, наприклад, формулювання «ті самі дії, вчинені...» (ч. 2 ст. 354 КК) і «дії, передбачені частиною третьою цієї статті...» (ч. 4 ст. 354 КК) з урахуванням сказаного виглядають не зовсім точними.

Із диспозиції ч. 1 ст. 368 КК випливає тісний і нерозривний зв'язок між одержанням неправомірної вигоди, прийняттям її пропозиції (обіцянки) і проханням надати неправомірну вигоду, з одного боку, і виконанням або невиконанням службовою особою дій з використанням свого службового становища, з іншого. Відсутність такого зв'язку виключає наявність складу цього злочину. Причому поняття «з використанням наданої їй

влади чи службового становища» з погляду кваліфікації за ст. 368 КК не обмежується діями (бездіяльністю) в межах службової компетенції і включає в себе використання службовою особою можливостей, обумовлених займаною посадою. Звернемось до матеріалів судової практики.

Визнавши обґрунтованим засудження заступника голови райдержадміністрації за ст. 368 КК, Судова палата у кримінальних справах ВСУ у постанові ввід 7 лютого 2013 р. (справа № 5-29кс12) вказала на зв'язок між одержанням грошей цією службовою особою і протиправним використанням нею свого службового становища. Останнє виявилось в тому, що заступник голови райдержадміністрації надав відому йому за посадою інформацію про власників земельних ділянок у місці, де хабародавець планував будувати АЗС. Засуджений також надав висновок про можливість виділення земельної ділянки для задоволення інтересів хабародавця, підготував проект розпорядження голови райдержадміністрації про видачу дозволу на попереднє узгодження місця розташування земельної ділянки для будівництва АЗС і використав свій авторитет першого заступника голови райдержадміністрації, під впливом якого керівник цього органу державної влади підписав вказаний документ.

Очевидно, що у випадку сприйняття вузького розуміння поняття використання службового становища (діяння, зумовлені виключно компетенцією службової особи) складом злочину, передбаченого ст. 368 КК, не охоплювалися б випадки одержання неправомірних вигод за незаконні (включаючи злочинні) діяння по службі, оскільки жодна службова особа не уповноважується на вчинення таких діянь. Наразі для наявності складу аналізованого злочину не має значення, за виконання яких (законних чи незаконних) дій з використанням службового становища винний одержує або просить неправомірну вигоду, приймає пропозицію або обіцянку такої вигоди. Якщо це зроблено за правомірні діяння або за такі протиправні діяння по службі, які є дисциплінарними проступками, особа має нести відповідальність лише за ст. 368 КК. Якщо ж діяння, вчинене службовою особою у зв'язку з одержанням, проханням неправомірної вигоди, прийняттям пропозиції або обіцянки такої вигоди, утворює склад самостійного злочину (зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службове підроблення, постановлення суддею завідомо неправдивого рішення, збут наркотичних засобів, зброї тощо), скоєне необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів – за відповідною частиною ст. 368 і тією нормою КК, яка передбачає відповідальність за «пов'язаний» злочин.

Разом з тим прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди треба відмежовувати від передбаченого ст. 369-2 КК зловживання впливом, про що автор цих рядків уже писав раніше [4, с. 68–78]. Річ у тім, що згаданий у ст. 369-2 КК вплив, який особа (в т. ч. службова) пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може полягати в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт зловживання впливом) вчинити не може.

Традиційно в судовій практиці обстоювалось так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара, яке охоплювало використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. У п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснювалось, що відповідальність за одержання хабара настає і в тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. У межах викладеної правової позиції виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи).

Поява в КК ст. 369-2, крім усього іншого, фактично означає, що законодавець з усіх форм передбаченого ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання (це впливає з аналізу санкцій частин 2 і 3 ст. 369-2, частин 1–4 ст. 368 КК, відповідно) таку форму, як одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не вправі. Одержання в цьому разі службовою особою неправомірної вигоди за здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, з метою спонукати її вчинити певні дії чи утриматись від них утворює склад злочину «зловживання впливом» (наприклад, одержання головою суду неправомірної вигоди за вплив на прийняття процесуального рішення суддею очолюваного цим керівником суду). Тобто словосполучення «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про хабарництво», позначає той службовий вплив, який наразі виділений в ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК.

З цього приводу у пп. 65–66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією зазначається, що відмінність між зловживанням і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить «учинити дію або утриматися від дії», як би це належало зробити публічний посадовий особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну вчинити потрібну дію (або втриматися від її учинення). Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

Виходить, що у розглядуваній ситуації має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі.

Для наявності складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, не має значення: 1) чи була неправомірна вигода запропонована, обіцяна, одержана або прохання про її надання висловлено до або після вчинення (не вчинення) службовою особою обумовлених такою вигодою дій з використанням службового становища; 2) чи було заздалегідь обумовлено одержання неправомірної вигоди; 3) чи вчинила службова особа дії (бездіяльність) в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи і чи збиралася вона їх вчиняти.

З приводу другого застереження хотів би зауважити, що за чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому сенсі не відрізняється від її попередніх редакцій, а так само від ст. 168 КК 1960 р. «Одержання хабара», є однаковою правова оцінка «неправомірної вигоди-підкупу» і «неправомірної вигоди-подяки». Криміналізація останньої зазвичай пояснюється тим, що необумовлені неправомірні вигоди: а) нерідко надаються службовій особі з розрахунком користуватись її послугами в майбутньому; б) руйнують систему публічного управління; в) можуть мати своїм результатом прагнення службової особи одержувати їх від усіх тих, хто буде вимушений звертатись до неї. Разом з тим слід відзначити, що такий традиційний підхід вітчизняного законодавця, по-східовно підтримуваний у т. ч. ВСУ, не повною мірою узгоджується зі ст. ст. 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, адже в цих статтях міжнародно-правових актів наголошується на необхідності криміналізації лише підкупу національних державних посадових осіб. У п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією говориться про те, що одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею не є злочином відповідно до вказаної Конвенції.

Одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) об'єктивно не спроможна вчинити, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи) і вважає, що ця службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність), на мій погляд, також має кваліфікуватись за ст. 368 КК. Щоправда, позначене питання кваліфікації в юридичній літературі і судовій практиці належить до числа дискусійних.

Так, посилаючись на текст кримінального закону, в якому йшлося про дії, які хабароодержувач міг або повинен був вчинити завдяки своєму службовому становищу, М.П. Кучерявий не вбачав у такій ситуації всіх ознак одержання хабара [5, с. 96–97]. Погоджуючись з цим висновком, Б.В. Волженкін пропонував розцінювати скоєне службовою особою в такому разі як зловживання службовим становищем, а якщо вона породила умисел на давання хабара, то і як підбурювання до давання хабара [6, с. 103]. Виходячи з того, що аналізовані дії службової особи є реалізацією умислу на заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою, не означають використання винним свого службового становища і передусім заподіюють шкоду відносинам власності, Т.І. Пономарьова пропонує розцінювати такі дії як шахрайство [7, с. 180–182]. Зустрічаються і судові рішення, в яких обстоюється подібний підхід (концепція так званої реальної можливості) і вказується на відсутність складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, у випадках одержання службовими особами неправомірних вигод за дії (бездіяльність), які ці особи не спроможні вчинити по службі; нерідко здійснюється переоцінка вчиненого службовими особами на ст. 190 КК.

Переконаний у тому, що в подібних ситуаціях акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти прийняттю (зокрема, колективним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч встановленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо). Незважаючи на наявність у поведінці службової особи в цьому разі обману, вчинене не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне в злочин проти власності. Адже службова особа розуміє, що неправомірна вигода пропонується, обіцяється або надається їй за дії чи бездіяльність по службі. Крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що суб'єкт «активного»

підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Кваліфікація вчиненого в цьому разі за ст. 368, а не, наприклад, за ст. 190 КК «Шахрайство» дозволить враховувати тісний зв'язок між злочинами, передбаченими ст. 368 і ст. 369 КК, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої принаймні суб'єктивно) посягає на ті суспільні відносини, які становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК. Доречно пригадати, що, починаючи з моменту ухвалення Закону України від 11 липня 1995 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб», законодавець, описуючи ознаки складу злочину, передбаченого ст. 168 попереднього КК і ст. 368 чинного КК, і (треба так розуміти) схилившись до сприйняття наведених вище міркувань, не використовує для характеристики поведінки службової особи зворот «повинна або могла вчинити...». До того ж фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи, як відомо, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК.

Готуючи як член НКР при ВСУ науковий висновок у справі С., засудженого за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК, та оцінюючи позицію заявника, який наполягав на відсутності в його діях складу злочину «одержання хабара», я вимушений був зробити застереження про те, що в цьому разі йдеться про розглядувану кримінально-правову проблему частково. Адже гроші одержувались засудженим за попередньою змовою з Ш., зокрема, за обрання запобіжного заходу, не пов'язаного із взяттям під варту, звільнення з ізолятору тимчасового тримання і перекваліфікацію злочинних дій на іншу (більш сприятливу для хабародавця Л.) частину ст. 191 КК, тобто за виконання працівниками прокуратури дій із використанням свого службового становища. У цій частині немає жодних сумнівів у тому, що вчинене С. і Ш. є службовим злочином – одержанням хабара. Щодо одержання частини грошей за звільнення Л. від кримінальної відповідальності за амністією (це – повноваження виключно суду; до того ж Л. як особа, до якої раніше застосовувалась амністія, не міг бути за законом у такий спосіб звільнений від кримінальної відповідальності), то у цій частині, справді, варто вести мову про незаконне одержання службовою особою майнового блага за дію (бездіяльність), яку ця особа в силу свого службового становища об'єктивно неспроможна вчинити, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає майнове благо (або для третьої особи) і хто вважає, що ця службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність).

З урахуванням викладених вище аргументів мною було зроблено узагальнюючий висновок про те, що у вирокі Подільського районного суду м. Києва від 3 квітня 2013 р. щодо засудження С. за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК України, залишеному без змін рішенням судів вищих інстанцій, дії С. як незакінчений замах на одержання хабара за обтяжуючих обставин кваліфіковані правильно. Формулював я в науковому висновку у справі С. і таке, скоріше за все, риторичне питання: хіба Л. погодився б на передачу 50 тис. доларів США прокурорським працівникам, якби не був упевнений у тому, що слідчий Ш. і прокурор С. мають можливість з використанням свого службового становища прийняти бажані для нього рішення у межах розслідування кримінальної справи за ст. 191 КК?

На користь обстоюваного мною та іншими дослідниками [8, с. 41–43] підходу вказує і п. 39 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції проти корупції, в якому наголошується на призначенні кримінально-правових заборон на кшталт ст. 368 КК. Йдеться про те, що вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй з метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабара. Хабародавець може і не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, проте для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації, а ця довіра помітно ослабла б навіть і в тому разі, якби посадова особа діяла так і не діставши хабара.

Частково викладений підхід сприймається судовою практикою. Так, за ч. 3 ст. 368 КК було кваліфіковано дії міського голови м. Ніжина, який одержав 420 тис. доларів США за передачу в інтересах хабародавця у власність одного ТОВ нежитлового приміщення. Підтверджуючи правильність вказаної кваліфікації і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що дії останнього не можуть кваліфікуватись за ст. 368 КК, оскільки рішення про виділення у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом (міською радою на сесії), Судова палата у кримінальних справах ВСУ у постанові від 13 листопада 2014 р. (справа № 5020кс14) зазначила таке. Представник влади, одним з яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-яку винагороду у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Кримінальна відповідальність за ст. 368 КК настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі (зокрема, голові міської ради), усвідомлює, що дає його саме такій особі та у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості. Ураховуються також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавця, мета, яку переслідує останній, та його переконаність в тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабародержувач (постанова).

За такою ознакою, як суб'єкт (ним є «публічна» службова особа), каране за ст. 368 КК прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання службовою особою неправомірної вигоди треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених ст. ст. 354, 368-3, 368-4 КК. Ст. 368 КК не охоплюються випадки одержання неправомірної вигоди особою, яка визнається службовою, за виконання (невиконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру. Вчинене в такій ситуації може кваліфікуватись за ст. 354 КК.

Так, визнаючи обґрунтованим засудження начальника юридичного відділу райдержадміністрації за ст. 368 КК і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що останній одержав гроші не як хабар, а як плату за роботу юриста з використанням спеціальних професійних знань (за виготовлення проектної документації та її оформлення), Судова палата у кримінальних справах ВСУ у постанові від 5 вересня 2013 р. (справа № 5-28кс13) зазначила, що засуджений одержав саме хабар (неправомірну вигоду) за використання своїх службових повноважень, а не плату за надання юридичних послуг. До кола службових повноважень начальника юридичного відділу належало погодження проектів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення.

Традиційно в судовій практиці суб'єктами злочину, передбаченого ст. 168 КК 1960 р. і ст. 368 чинного КК, визнавались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю і включає в себе виконання не лише професійних обов'язків, а і обов'язків організаційно-розпорядчого характеру (лікарі – у разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій тощо). Викладена позиція знаходила відображення, зокрема, у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 30 березня 1990 р. № 4 «Про судову практику у справах про зловживання владою чи службовим становищем, перевищення влади чи службових повноважень, халатність і службове підроблення». Фактично тут йшлося про окремих випадки виконання певними особами організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками. Вважалося, що у подібних ситуаціях вказані особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків, тобто врешті-решт їх діяльність носить організаційно-розпорядчий характер, а отже, вони набувають якості службової особи. Показово, що в літературі (якраз у контексті кримінально-правової оцінки юридично значущої діяльності лікарів, викладачів та інших професіоналів) під організаційно-розпорядчими інколи пропонується розуміти не лише «внутрішньо-службові» повноваження з управлінням підлеглими (колективом, галуззю, органом, установою, окремими працівниками), а і повноваження з наділення інших осіб, включаючи юридичних, правами та обов'язками, а так само зі зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення [9, с. 12, 14].

Зазначу, що зміст організаційно-розпорядчих функцій як характеристики кримінально-правового поняття службової особи в чинному КК не розкривається. При цьому треба брати до уваги таке: якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чого-небудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а і діяти по відношенню до кого-, чого-небудь на свій розсуд [10, с. 853, 1258]. При цьому в тексті КК вказані слова використовуються не відокремлено, а в поєднанні. Отже, з урахуванням етимології слова «організаційно-розпорядчий», матеріально-правового імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також змісту вдосконалених ст. ст. 354, 358 КК, які дозволяють давати кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів, поширювальне тлумачення законодавчого звороту «організаційно-розпорядчі функції» видається неприйнятним. Відповідно, вказані функції слід зводити саме і лише до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи, а при визнанні тієї чи іншої особи службовою – суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. На користь зробленого висновку свідчить і та обставина, що вітчизняний КК не містить положення, подібного до п. 4 ст. 4 КК Республіки Білорусь. Відповідно до цієї норми службовими особами (поряд із тими, хто виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки) визнаються і ті особи, які у встановленому порядку уповноважені на вчинення юридично значущих дій.

В юридичній літературі висловлюються і інші аргументи на користь невизнання зазначених професіоналів службовими особами. Так, зазначається, що пацієнт та його роботодавець, студент чи абітурієнт не підлеглі по службі, відповідно, лікарю, який видає листок тимчасової непрацездатності, або викладачу, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у таких правовідносинах, не ґрунтується на законі. Зазначені функції пов'язані з розпорядництвом, але не з організацією. До того ж допуск студента до сесії, переведення його на наступний курс, відрядження з вузу тощо належить

до повноважень не викладача-екзаменатора, а адміністрації вузу; оформлення ж різноманітних документів (поряд із власне лікуванням) включається в професійну діяльність лікаря. Якщо ж акцентувати увагу саме на юридичних наслідках службової діяльності, то виходить, що викладач, який за неправомірні вигоди не фіксує відсутність студентів, наприклад, на практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути не складання іспиту і відрядження з вузу [11, с. 191–209; 12, с. 105–107]. Взагалі питання кваліфікації корупційної поведінки так званих професіоналів (включаючи згаданих лікарів і викладачів) – тема окремої розмови, у зв'язку з чим обмежуватимуть тут такими міркуваннями.

Одним із суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК, є працівник підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою. Вважаю, що це негативне законодавче застереження потребує уточнення, оскільки можливі ситуації, коли службова особа при одержанні неправомірної вигоди виступає не як управлінець, а як професіонал (наприклад, головний лікар одержує неправомірну вигоду за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на іспиті). Зазначені і подібні до них дії таких суб'єктів, не дивлячись на їх належність до числа службових осіб, за наявності підстав мають кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК, а не за ст. 368 КК. Сказане стосується і лікаря, який ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію, і викладача, який навчає, виховує, передає знання і контролює їх засвоєння. Якщо прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди або її одержання вчиняється тим, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, вчинене має кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) не ст. 354, а ст. 368-4 КК.

При цьому слід враховувати, що в ч. 3 ст. 368-4 КК спочатку наводиться приблизний (незакритий), але конкретизований (казуїстичний) перелік осіб, які є суб'єктами одержання неправомірної вигоди, прийняття її пропозиції, обіцянки, а потім вказується на те, що до цих суб'єктів належать і інші особи, здійснення професійної діяльності яких пов'язане з наданням публічних послуг. У випадку визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 КК, особи, прямо не віднесеної законодавцем до числа тих, хто надає публічні послуги, таке рішення правозастосувача має аргументуватись у процесуальних документах. Разом з тим законодавчий зворот «іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг» повинен підлягати обмежувальному тлумаченню, оскільки: по-перше, усі сумніви мають тлумачитись на користь особи, діяння якої кваліфікується, а чинне законодавство не містить чіткого визначення поняття «публічні послуги» (фактично воно є оціночним); по-друге, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» віднесення інших осіб (крім аудиторів, нотаріусів, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих, незалежних посередників, членів трудового арбітражу, третейських суддів під час виконання ними цих функцій) до тих, хто надає публічні послуги, має бути визначено законом. Із викладеного випливає негативна відповідь на питання про віднесення до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, наприклад, лікарів під час оформлення ними листків тимчасової непрацездатності і викладачів при прийнятті ними заліків та екзаменів (при тому, що відповідні результати професійної діяльності таких осіб фіксуються в офіційних документах і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин). Повторю, що за наявності підстав вказані професіонали за свою корупційну поведінку можуть нести відповідальність за ст. 354 КК.

Одержання службовою особою неправомірної вигоди, поєднане з вимаганням (ч. 3 ст. 368 КК), треба відрізнити від такого злочину проти власності, як вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК). Вказане питання кваліфікації докладно висвітлюється В.М. Киричком [13, с. 162–164]. Науковець при здійсненні вказаного відмежування пропонує робити наголос на з'ясуванні тих відносин, яким головним чином завдається шкода злочинною поведінкою службової особи. Загалом погоджуючись з таким підходом та кримінально-правовою оцінкою конкретних ситуацій, запропонованих дослідником, водночас зауважу, що мені імпонує точка зору Л.П. Брич, яка вельми скептично налаштована щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину [14, с. 234]. До міркувань В.М. Киричка варто додати, що вимагання як кваліфікуюча ознака одержання неправомірної вигоди, вчиненого службовою особою, може набувати завуальованого вигляду в той час, як каране за ч. 2 ст. 189 КК вимагання, вчинюване службовою особою з використанням свого службового становища, завжди передбачає відкрите пред'явлення певної майнової вимоги. Відрізняються порівнювані діяння і за предметом, адже неправомірною вигодою може носити і немайновий характер, що не характерно для вимагання як злочину проти власності.

Однак якщо йдеться про відкриту форму вимагання службовою особою неправомірної (причому майнової) вигоди, то в цій частині такі кримінально-правові норми, як ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 189 КК, перебувають у відносинах навіть не конкуренції, а колізії [1, с. 112–115, 169]. Адже згадані норми, хоч і спрямовані на врегулювання одних і саме відносин (в обох ситуаціях виникає загроза заподіяння шкоди правам, свободам і законним інтересам особи внаслідок протиправного використання службовою особою, який висуває майнову вимогу, свого службового становища), змістовно відрізняються між собою і суперечать одна одній.

Долаючи позначену колізію і беручи до уваги напрацювання доктрини (передусім праці В.М. Киричка і Н.М. Ярмиш), слід виходити з того, що законний інтерес, який належить особі відповідно до чинного законодавства та який страждає при вимаганні неправомірної вигоди (ч. 3 ст. 368 КК), з'являється не в момент заявлення відповідної погрози і сприйняття її потерпілим (що характерно для ч. 2 ст. 189 КК), а раніше – при виникненні у сфері службової діяльності відносин між особою, яка вимушена згодом надати неправомірну вигоду, і службовою особою. Відповідно, якщо законний інтерес особи, що ставиться під загрозу службовою особою та у зв'язку з яким висувається майнова вимога, «створюється» самою ж службовою особою, і з цього моменту сприймається потерпілим, вимога передачі майнових благ повинна кваліфікуватись не як злочин у сфері службової діяльності, а як вимагання, вчинене службовою особою з використанням службового становища. Так, ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 189 КК, вбачаються в діях того працівника національної поліції, який вимагає від особи певну грошову суму, погрожуючи у випадку невиконання його вимоги штучно створити докази вчинення особою злочину («підкинути» зброю, наркотики тощо) і здійснити у зв'язку з цим кримінальне переслідування особи.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки. По-перше, поява в КК ст. 369-2, присвяченої зловживанню впливом, фактично означає, що законодавець з усіх проявів одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною таку форму, як одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не вправі. Відповідно, у розглядуваній частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. По-друге, одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні вказаного поняття) об'єктивно вчинити не спроможна, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи), має кваліфікуватись не за ст. 190 КК «Шахрайство», а як службовий злочин за ст. 368 КК. По-третє, відсутні достатні підстави визнавати службовими осіб, які реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків. Даючи кримінально-правову оцінку корупційній поведінці вказаних осіб, слід, зокрема, виходити із законодавчої невизначеності поняття публічних послуг і тексту ст. 354 КК, чинна редакція якої передбачає відповідальність за повноцінний корупційний злочин. По-четверте, відмежовуючи одержання службовою особою неправомірної вигоди, поєднане з вимаганням (ч. 3 ст. 368 КК), від вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК), як злочину проти власності, слід передусім враховувати колізійність вказаних кримінально-правових заборон.

1. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. / Н.М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
2. Гладун О.З. Малозначність кримінальних і адміністративних корупційних правопорушень / О.З. Гладун // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2012. – № 2. – С. 103–112.
3. Дудоров О. Малозначність діяння та проблеми її визначення в судовій практиці України / О. Дудоров, Є. Письменський // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали VI Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 18 грудня 2015 року / редкол. : проф. Берназ В.Д., проф. Стрельцов Є.Л., проф. Орловська Н.А., доц. Неледєва Н.В. – Одеса, 2015. – С. 8–18.
4. Дудоров О.О. Про відмежування зловживання впливом від одержання неправомірної вигоди (на прикладі кваліфікації дій «колядника» І. Зварича) / О.О. Дудоров // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : Збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 68–78.
5. Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество / Н.П. Кучерявый. – М. : Госюриздат, 1957. – 188 с.
6. Волженкин Б.В. Ответственность за взяточничество / Б.В. Волженкин, В.Е. Квашис, С.Д. Цакиган. – Ер. : Айастан, 1988. – 200 с.
7. Пономарьова Т.І. Одержання неправомірної вигоди шляхом зловживання довірою : проблеми кваліфікації / Т.І. Пономарьова // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : Збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 180–182.
8. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.

9. Бриллиантов А.. Должностное лицо : организационно-распорядительные функции / А. Бриллиантов, П. Яни // Законность. – 2010. – № 6. – С. 11–15.
10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
11. Максимович РЛ. Поняття службової особи у кримінальному праві України : монографія / РЛ. Максимович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.
12. Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях / А.В. Шнитенков. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2006. – 331 с.
13. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
14. Брич Л. Значення видів об'єкта й таких ознак, як предмет і потерпілий у розмежуванні суміжних складів злочинів між собою і для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими злочинами / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 226–243.

ПОСЕРЕДНИК У НАДАННІ ТА ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА ПОВЕДІНКИ¹

Повідомлення в ЗМІ і вивчення матеріалів правозастосовної практики показує, що в наданні й одержанні неправомірної вигоди нерідко беруть участь такі специфічні фігури, як посередники. Проблематика кримінально-правового реагування на посередництво як чинник, що серйозно сприяє розповсюдженню корупційної поведінки та ускладнює її викриття, завжди привертала до себе увагу теоретиків і практиків. Ухвалюючи чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК), законодавець вирішив обійтись без аналогу ст. 169 попереднього КК «Посередництво в хабарництві», що, однак, не призвело до зникнення проблем, пов'язаних із кримінально-правовою оцінкою посередництва при вчиненні корупційних злочинів; скоріш, навпаки, кількість таких проблем збільшилась.

Невключення в КК статті про відповідальність за посередництво в хабарництві, за ймовірним задумом законодавця, не мало означати декриміналізацію цього діяння: його вчинення повинно було залишатись караним на підставі системного застосування кримінального закону, що, зокрема, передбачає урахування положень Загальної частини КК щодо співучасті в злочині. Проте, до якого з видів співучасників злочину належить наразі посередник у наданні й одержанні неправомірної вигоди, є питанням, неоднозначно вирішуваним як у науці кримінального права, так і в практиці правозастосування.

Потрібна окрема кримінально-правова заборона?

Зарубіжний досвід законодавчого регулювання висвітлюваної проблематики відзначається різноманітністю. Кримінальне законодавство більшості країн світу передбачає підхід, подібний до закріпленого в нашому КК, за якого посередництво вважається проявом співучасті в наданні та одержанні неправомірної вигоди і, відповідно, складу самостійного злочину не утворює. Натомість у деяких країнах (зокрема, Білорусь, Болгарія, Китай, Латвія, Польща, РФ, Туркменістан) відповідальність за таке посягання встановлена в окремій статті Особливої частини кримінального закону, як це і мало місце в попередньому КК України, що передбачає застосування іншого підходу до кваліфікації посередництва. У вітчизняній юридичній літературі питання про виокремлення такого самостійного складу злочину, як посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди, складно визнати остаточно вирішеним. Серед фахівців тривають дискусії стосовно доцільності повернення до попереднього варіанту законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за аналізований різновид суспільно небезпечної поведінки.

Так, О. Кваша запропонувала передбачити відповідальність за посередництво в хабарництві в межах ст. 369 КК, присвяченої даванню хабара, констатує при цьому, що таке посередництво є особливим різновидом співучасті в злочині, яке повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими в ст. 27 КК.

Дещо іншу позицію займає Д. Михайленко, пропонуючи унормувати кримінальну відповідальність лише за позастороннє посередництво в хабарництві (посередництво в хабарництві без ознак співучасті). На думку дослідника, посередництво з ознаками співучасті кваліфікується як пособництво, оскільки повністю відповідає його природі, а позастороннє посередництво не може бути оцінене з позицій чинного КК, а тому доцільно передбачити окрему норму про кримінальну відповідальність за цей різновид злочинної діяльності. Відверто кажучи, нам складно уявити, що становить собою так зване позастороннє посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди, адже посередник (при тому, що він є відносно самостійною фігурою) завжди діє в інтересах принаймні однієї сторони корупційної угоди. Це, вочевидь, стосується і тих випадків, коли неправомірна вигода послідовно передається через кількох посередників.

Більш категоричним є В. Шмигельський, стверджуючи, що відсутність у КК самостійної правової норми, яка б передбачала відповідальність за посередництво в хабарництві, є прогалиною в чинному законодавстві, обумовлюючи необхідність відновлення в структурі закону особливого складу злочину – посередництво в хабарництві. Аналогічні міркування висловили О. Грудзур і Д. Горбачов, які наполягали на доповненні КК спеціальною статтею, яка б установлювала відповідальність за посередництво в хабарництві.

Згодом до них приєднався В. Плекан, намагаючись довести, що посередницька діяльність виходить за межі класичної співучасті і не має усіх тих обов'язкових ознак, які характеризують співучасть як кримінально-правове явище. У своєму дисертаційному дослідженні, спеціально присвяченому проблемам кримінальної відповідальності за посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди (дисертацію захищено в червні цього року в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України), згаданий автор розробив проект статті КК про кримінальну відповідальність за посередництво в підкупі. Видається, що реалізація такої ініціативи (за умови ретельної продуманості редакції відповідної кримінально-правової заборони) дозволила б правоохоронним органам більш предметно та ефективно боротись із корупційними злочинами, у вчиненні

¹ Стаття написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. – 9–15 вересня 2016 р. – № 36; 16–29 вересня 2016 р. – № 37-38.

яких задіяні посередники. Щоправда, не всі положення ініційованої В. Плеканом новели здатні покращити стан кримінально-правового регулювання в досліджуваній сфері.

Так, очевидною вадою сформульованої згаданим науковцем редакції ст. 369-4, запропонованої для включення в КК, є відсутність у ній хоча б стислого розкриття суті посередництва в підкупі, що у випадку сприйняття законодавцем аналізованого підходу неминуче потягне за собою суперечливі тлумачення кримінального закону, у тому числі в частині з'ясування співвідношення посередництва в підкупі як складу окремого злочину із співучастю у вчиненні корупційних злочинів. Показовим у зв'язку з цим є, наприклад, те, що, на думку В. Плекана, посередник у підкупі може виконувати діяльність, яка за змістом становить підбурювальні, пособницькі або організаторські дії. Мабуть, ніхто не сумнівається в тому, що посередник, крім вчинення власне посередницьких дій, може схилити до надання або одержання неправомірної вигоди (ч. 4 ст. 27 КК) чи організовувати або керувати їхнім вчиненням (ч. 3 ст. 27 КК). Проте чи є підстави в такому разі вести мову саме і тільки про посередництво? Очевидно, що ні. Взагалі щодо суті посередницької поведінки при вчиненні корупційних злочинів можна довго дискутувати. Однак якщо вже запроваджувати самостійну кримінально-правову заборону, розраховану на посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди, ґрунт для подібних дискусій слід усувати в законодавчому порядку.

Вказана концептуальна вада, до речі, притаманна і законопроекту «Про внесення змін до Кримінального Кодексу України щодо встановлення відповідальності за посередництво у підкупі» (реєстр. № 4358, від 1 квітня 2016 р.; автори законопроекту – народні депутати України І. Мельничук, Б. Розенблат, К. Матейченко, І. Артюшенко, р. Сольвар, Я. Безбах), яким пропонується включити в КК ст. 368-5 «Посередництво у підкупі» (далі – законопроект). З цього приводу у Висновку щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проекту нормативно-правового акта, підписаному головою відповідного комітету парламенту України Є. Соболєвим, слушно зазначається, що чинний КК не використовує термін «посередництво» і не визначає його зміст. Запропонована редакція ст. 368-5 КК також не містить визначення поняття посередництва в підкупі певної особи. У зв'язку з невизначеністю змісту діяння «посередництво у підкупі» слідчі, прокурори можуть тлумачити зміст відповідного діяння на власний розсуд.

До інших вад (і наведений нижче перелік не є вичерпним) сформульованої в законопроекті редакції статті КК про посередництво в підкупі, на наш погляд, можуть бути віднесені: 1) відсутність згадування в диспозиціях частин 1–3 цієї статті про посередництво в прийнятті пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди (водночас у тексті заохочувальної норми – ч. 5 ст. 368-5 КК, крім інших, фігурують особи, котрі приймають пропозицію або обіцянку неправомірної вигоди); 2) непоширення дії статті КК, присвяченої посередництву в підкупі, на передбачений ст. 354 КК підкуп працівника підприємства, установи чи організації (навіть при тому, що обґрунтованість законодавчого рішення про надання цьому посягання статусу повноцінного корупційного злочину викликає серйозні сумніви); 3) диференціація кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі особи, яка надає публічні послуги, та службової особи юридичної особи публічного права (останній зворот, до речі, невідомий чинному КК). Запровадження окремих кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, було раціональним і потрібним кроком. Однак чи може існування цих заборон (поряд із нормами про кримінальну відповідальність «публічних» службових осіб) слугувати достатнім аргументом на користь запропонованої диференціації кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі вказаних категорій осіб, задіяних у публічній сфері?

Таким чином, існуючі пропозиції *de lege ferenda*, спрямовані на розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди шляхом внесення змін до Особливої частини КК, не можуть розцінюватись як конструктивні. Викладене актуалізує проблему правильної кримінально-правової кваліфікації посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди *de lege lata*. Розглянемо, яким чином пропонується вирішувати цю проблему в юридичній літературі.

Доктринальні підходи до вирішення проблеми кваліфікації посередництва з погляду чинного КК

На думку К. Задой, дії посередника слід кваліфікувати з додатковим посиленням на відповідну частину ст. 27 КК з урахуванням того, у чийх інтересах він діє, і додержанням правил ст. 29 КК. Наприклад, посередник, який діє в інтересах службової особи – одержувача неправомірної вигоди, має відповідати за ч. 3, 4 або 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 368 КК України з інкримінуванням того обсягу дій, що ставляться у вину службовій особі. Схожу точку зору в загальному виді формулює О. Кваша, зауважуючи, що посередництво в хабарництві кваліфікується як співучасть в одержанні чи даванні хабара із застосуванням норми Загальної частини КК – ст. 27. Викладений підхід, крім усього іншого, виходить з того, що допомога у виконанні об'єктивної сторони надання неправомірної вигоди є пособництвом у вчиненні цього злочину, що згідно з ч. 5 ст. 27 КК України передбачає різні форми сприяння його вчиненню. Імпонує такий підхід А.В. Савченку.

Разом з тим оцінка посередництва як пособництва потребує робити певні застереження.

Так, за твердженням Д. Михайленка, посередник фактично сприяє у здійсненні злочину хабародавцем та хабароодержувачем, тобто виступає як співучасник. За змістом та характером дій, фактично вчинених при посередництві в хабарництві, посередник не може бути віднесений до виконавця (співвиконавця) давання чи одержання хабара, організатора цих діянь чи підбурювача до них і повинен розглядатись як пособник. Водночас проаналізувавши визначення пособника, закріплене в ч. 5 ст. 27 КК, і взявши до уваги диференціацію посередництва в хабарництві на інтелектуальне та фізичне, науковець пише, що під ознаки пособництва підпадає лише інтелектуальне посередництво в хабарництві, яке проявляється в порадах чи вказівках. Щодо фізичного посередництва, то воно може не відповідати жодній з ознак, які характеризують пособництво (за винятком хіба що сприяння злочину шляхом усунення перешкод) і не вважається злочином за КК.

На думку М. Мельника, посередник у хабарництві може бути визнаний пособником давання-одержання хабара, але в єдиному випадку – тоді, коли він своїми діями з передачі предмета хабара усував перешкоди, які унеможливлювали чи ускладнювали хабародавцю або хабарнику, відповідно, давання або одержання хабара. Виходить, що якщо особа виконує посередницькі функції при наданні та одержанні хабара (наразі – неправомірної вигоди) за відсутності перешкод, які унеможливлювали чи ускладнювали вчинення такого діяння, її дії кваліфікувати як пособницькі не можна. Відповіді на питання, як у такому разі слід оцінювати виконання посередницьких функцій, на жаль, не дається.

Іншої точки зору дотримується В. Плекан, який категорично зазначає, що фізичне посередництво не охоплюється інститутом співучасті в злочині, зокрема, через закріплення в ч. 5 ст. 27 КК вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво в злочині. Тому якщо дотримуватися букви закону, діяння фізичного посередника за чинним законодавством не є кримінально караними при тому, що саме фізичне посередництво на практиці вчиняється найчастіше. Фактично наявна прогалина в кримінальному законі, яка допускає маніпулювання останнім, не допускає притягнення до кримінальної відповідальності винуватих осіб (посередників у підкупі) і є істотною перешкодою в реальній боротьбі з корупцією в Україні. Раніше подібну думку висловив В. Клименко, стверджуючи, що згідно з чинним КК посередництво не можна визнавати кримінально караним пособництвом у вигляді сприяння вчинення злочину шляхом усунення перешкод, оскільки останнє припускає таку зміну оточуючого середовища, коли з нього вилючаються ті чи інші елементи, які заважають виконавцю виконати свій намір.

Частково погоджуючись із такою позицією, водночас зауважимо, що в певних ситуаціях фізичне посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди (мається на увазі «технічна» передача неправомірної вигоди від однієї сторони корупційної угоди іншій за дорученням однієї з них) все ж може розцінюватись як пособництво – сприяння вчиненню певного корупційного злочину шляхом усунення перешкоди, яка ускладнювала його вчинення. Зокрема, йдеться про ситуації, коли службова особа (одержувач неправомірної вигоди) працює в приміщенні, закритому для доступу сторонніх, або постійно перебуває під посиленою охороною, яка унеможливлює її спілкування зі сторонніми особами, або про випадки, коли сторони корупційної угоди знаходяться на істотній відстані один від одного чи навіть у різних країнах. Адже як перешкоди (у контексті їх усунення – форми пособництва у злочині), можуть виступати і предмети матеріального світу, і фізичні та юридичні особи. Отже, твердження окремих авторів про неохоплення фізичного посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди поняттям пособництва в злочині вважаємо занадто категоричним.

Відзначимо, що аналогічна ситуація виникає із співвідношенням, з одного боку, кримінально-правового поняття пособництва в злочині та, з іншого, інтелектуального посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди. Йдеться налагодження контактів між учасниками корупційної угоди, сприяння в її укладенні, узгодження характеру та розміру неправомірної вигоди, способів її передачі, характеру діянь, за вчинення яких надається неправомірна вигода, тощо. Така суспільно небезпечна поведінка, на нашу думку (відмінну від викладеної вище точки зору Д. Михайленка), не завжди «вписується» в поради і вказівки, згадані в ч. 5 ст. 27 КК. При цьому остання (на відміну, наприклад, від ч. 5 ст. 33 КК РФ) не передбачає таку значною мірою універсальну форму інтелектуального пособництва у вчиненні злочину, як надання інформації.

Оцінка матеріалів правозастосовної практики

Як установив Київський районний суд м. Харкова (вирок від 13 травня 2014 р.), старший державний виконавець Київського відділу державної виконавчої служби Харківського міського управління юстиції з метою маскування та можливого викриття своєї протиправної діяльності вступив у змову з іншою особою щодо посередництва при передачі йому неправомірної вигоди у виді грошових коштів за позитивне вирішення питання про закриття виконавчих проваджень. Ця інша особа згідно з досягнутою домовленістю мала безпосередньо одержати неправомірну вигоду від надавача та передати її зазначеному державному виконавцю. Суд оцінив такі посередницькі дії за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 368 КК як пособництво в одержанні службовою особою неправомірної вигоди для себе за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, будь-якої дії з використанням наданого їй службового становища.

В іншому випадку дії посередника були аналогічним чином кваліфіковані за ч. 2 ст. 15, ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 368 КК як закінчений замах на пособництво в одержанні хабара службовою особою, яка займає відповідальне

становище, поєднаному з вимаганням, та в особливо великому розмірі. Шевченківський районний суд м. Львова (вирок від 25 серпня 2011 р.) встановив, що з метою приховання факту вчинення одержання хабара та побоюючись бути викритим правоохоронними органами, Винниківський міський голова реалізовував умисел на одержання хабара при пособництві свого знайомого (посередник), який мав безпосередньо передати хабародавцю вимогу передачі хабара та його розмір, а згодом отримати обумовлену суму грошей.

Соснівський районний суд м. Черкаси (вирок від 20 липня 2016 р.) кваліфікував за ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 368 КК як пособництво в одержанні службовою особою неправомірної вигоди дії посередника, залученого начальником відділу державної реєстрації речових прав на нерухоме майно реєстраційної служби Головного управління юстиції у Черкаській області з метою конспірації своїх злочинних намірів щодо одержання неправомірної вигоди. Посередник, який не мав відношення до реєстраційної служби, діючи згідно з попередньою домовленістю, підтвердив зацікавленій особі (майбутньому надавачу неправомірної вигоди) готовність відповідної службової особи посприяти в прискоренні реєстрації договорів оренди земельних ділянок та швидкому отриманні відповідних витягів за певну грошову суму, а також висунув вимогу передати грошові кошти в сумі 6000 грн. третій особі.

Звернемо увагу на те, яким чином суди обґрунтовували участь посередників у наданні та одержанні неправомірної вигоди. У розглянутих вище прикладах із практики ідеться про залучення посередника для маскування (конспірації) та унеможливлення викриття протиправної діяльності одержувача неправомірної вигоди. Звідси випливає, що участь посередника в наданні та одержанні неправомірної вигоди не була пов'язана з усуненням певних перешкод при вчиненні корупційного злочину, що могло б відповідати законодавчо визначеним ознакам пособництва. Оцінка посередництва як інших проявів пособницьких дій (надання порад, вказівок, засобів чи знарядь або обіцянок певного змісту), прямо визначених у ч. 5 ст. 27 КК, згідно з фактичними обставинами цих кримінальних справ так само виключається. Суди, кваліфікуючи відповідні дії як пособництво, чомусь не уточнюють, яка з чітко визначених форм пособництва мала місце в тому чи іншому випадку.

Принагідно зауважимо, що, на відміну від ч. 4 ст. 27 КК, де законодавець залишає відкритим перелік діянь, які утворюють підбурювання до вчинення злочину (це може бути будь-яка форма схиляння до вчинення злочину), ч. 5 ст. 27 КК містить вичерпний перелік діянь зі сприяння вчиненню злочину. Відсутність однакового законодавчого підходу до описання поведінки співучасників злочину, звичайно, не може не викликати запитань і, мабуть, потребує усунення. Проте *de lege lata* суд, установлюючи пособництво у вчиненні злочину, має чітко визначати, яка з передбачених у ч. 5 ст. 27 КК форм пособництва інкримінується винуватій особі.

Саме так вчинив Київський районний суд м. Харкова, який вироком від 9 лютого 2015 р. визнав особу винуватою в злочині, передбаченому ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 368 КК, тобто в пособництві (сприянні шляхом усунення перешкод) в одержанні іншим співучасником грошової винагороди за виконання в інтересах особи, котра дає хабар, дій, пов'язаних із використанням співучасником свого службового становища. Суд установив, що зазначена особа, не будучи суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, безпосередньо вимагала гроші від затриманого за нереєстрацію вчиненого тим злочину. З цієї метою вона спільно з іншими співучасниками позбавила волі затриманого та викликала його родичку, якій висунула вимогу передати хабар у розмірі 2000 доларів США за неприйняття заходів із реєстрації матеріалів перевірки за фактом вилучення наркотичної речовини. Згодом цей же суб'єкт одержав зазначені гроші і розділив їх між іншими учасниками злочину. Як бачимо, суд, оцінюючи поведінку посередника, чітко визначив форму вчинених ним пособницьких дій, проте зробив це, на нашу думку, неправильно, адже жодних перешкод (крім імовірних боязливості або сором'язливості одержувача неправомірної вигоди) у зазначеній кримінальній справі встановлено не було.

Отже, кваліфікація дій посередника як пособництва є можливою лише в тому разі, коли така особа усунула існуючі перешкоди між надавачем та одержувачем неправомірної вигоди, або вчинила інші дії зі сприяння вчиненню злочину, чітко визначені в ч. 5 ст. 27 КК (наприклад, порадила звернутись надавачу неправомірної вигоди до конкретної службової особи, розповіла йому про характер дій, які можуть бути вчинені з використанням наданої їй службової особи влади чи службового становища). Щоправда, в останньому випадку (за відсутності інших дій) немає достатніх підстав говорити про посередництво як таке.

Зрозуміло, що функції посередників здебільшого зводяться до надання неправомірної вигоди від імені певної особи або в її одержанні для іншої з виключенням безпосереднього контакту між ними. Так само може йтися про вчинення посередником певних підготовчих дій – узгодження розміру неправомірної вигоди, способу її передачі, характеру дій, за виконання (невиконання) яких надається неправомірна вигода, налагодження контактів між надавачем і одержувачем неправомірної вигоди тощо. Очевидно, що з погляду чинного КК подібні діяння посередника із з'ясованої вище причини, за загальним правилом, не можуть кваліфікуватись як пособництво у вчиненні надання та одержання неправомірної вигоди.

Оцінка посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди як співвиконавства: за і проти

У цьому сенсі викликає інтерес позиція тих фахівців (М. Бажанов, Ф. Шиманський та ін.), які вважають, що в разі участі посередника в наданні та одержанні неправомірної вигоди його дії можуть кваліфікуватись як співвиконавство у тому чи іншому злочині. Відповідно, для розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди ні Загальну, ні Особливу частини КК змінювати не потрібно. Йдеться про те, що в подібних ситуаціях має місце різновид співвиконавства, за якого кожен із співучасників, діючи згідно з розподілом ролей, виконує певну частину об'єктивної сторони складу злочину. Якщо розглядати такі дії ізольовано, поза зв'язком із діями інших співвиконавців, вони не склали б усіх ознак об'єктивної сторони складу злочину. Проте взяті в сукупності з діями інших осіб такі дії утворюють відповідну об'єктивну сторону. Викладений варіант кримінально-правової оцінки дій посередника при вчиненні корупційних злочинів, підтриманий, до речі, у згаданому вище Висновку щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проекту нормативно-правового акта (законопроекту), зустрічається на практиці.

Так, виконання посередницьких функцій при даванні-одержанні хабара Октябрський районний суд м. Полтави (вирок від 20 травня 2008 р.) кваліфікував за ч. 2 ст. 368 КК, розцінивши як співвиконавство дії особи, яка одержувала від хабародавців гроші та передавала їх хабароодержувачу (голові спеціалізованої онкологічної медико-соціальної експертної комісії Центру МСЕ) задля незаконного встановлення груп інвалідності.

В ухвалі Вінницького міського суду від 2 липня 2016 р., якою вирішено питання про обрання запобіжного заходу, за ч. 3 ст. 368 КК кваліфіковані дії матері поліцейського, підозрюваного у вимаганні та одержанні неправомірної вигоди за неперешкодження здійсненню підприємницької діяльності одним із підприємців. Встановлено, що ця жінка неодноразово телефонувала до підприємця та одержувала від нього грошові кошти для подальшої передачі своєму сину.

За інформацією НАБУ, про підозру у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК, повідомлено не лише т.в.о. ректора НАУ, затриманому за вимагання і одержання неправомірної вигоди за невчинення перешкод у поновленні на посадах за рішенням суду колишніх працівників університету, а і посереднику (адвокату) в одержанні неправомірної вигоди.

Варто, однак, підкреслити, що з кримінально-правовою оцінкою дій посередника як дій співвиконавця надання неправомірної вигоди або її одержання (зрозуміло, що така оцінка у двох останніх прикладах із практики є попередньою) погоджуються не всі науковці. Наприклад, О. Кваша, ставлячи під сумнів зазначене розуміння посередництва і підтримуючи точку зору, висловлену свого часу О. Световим, пише, що особа, яка надає неправомірну вигоду, – це особа, як правило, заінтересована у відповідних діях службової особи, тоді як посередник не має на меті одержання користі від дій службової особи, обумовлених передачею такої вигоди. Однак наскільки доречним (виправданим) є зроблений наголос на суб'єктивній стороні скоєного і, зокрема, чи впливає на оцінку певних дій як співвиконавства наявність в осіб різних цілей? Відомо, що мотиви і мета поведінки співучасників можуть збігатися або бути неоднаковими. Їхня спільність не є необхідною ознакою співучасті. Критикуючи наведене вище висловлювання О. Кваші, К. Задоя зауважує, що відповідно до будь-якої з редакцій ст. 369 КК хабародавцем (надавачем неправомірної вигоди) визнавалась у тому числі особа, яка надавала службовій особі хабар (неправомірну вигоду) за вчинення або не вчинення нею дій в інтересах третьої особи, тобто особа, яка, за словами О. Кваші, «не має на меті одержання користі від дій службової особи».

Н. Антонюк та В. Плектан сформулювали узагальнену систему аргументів, які, на їхню думку, спростовують положення про кваліфікацію дій посередника в злочинах, пов'язаних із переходом неправомірної вигоди, як дій виконавця. Однак ці аргументи складно назвати бездоганними, у зв'язку з чим далі спробуємо висловити певні застереження з приводу кожного з них.

1. Вести мову про те, що відбулося виконання складу злочину надання неправомірної вигоди або співучасті у ньому, можна лише тоді, якщо надане сприяння одній із сторін співпадає з інтересами посередника, або ці інтереси співпадають з інтересами особи, яка надає предмет злочину. Посередник діє не від свого імені і, відповідно, не в своїх інтересах.

Повторимо: чинні редакції статей 354, 368-3, 368-4 і 369 КК передбачають, що особа може надавати (пропонувати, обіцяти) неправомірну вигоду за виконання (невиконання) певним суб'єктом діяння і в інтересах третьої особи, тобто діяти і «не в своїх інтересах», залишаючись при цьому виконавцем відповідного злочину.

2. Посередник, який не є службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, не може бути виконавцем одержання неправомірної вигоди, оскільки, не будучи спеціальним суб'єктом, не може повністю виконати об'єктивну сторону складу відповідного злочину.

Висловлена теоретична позиція має право на існування, але вона не виглядає безспірною (або принаймні потребує додаткового обґрунтування), оскільки з питання про можливість визнання співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом тієї особи, якій не притаманні ознаки спеціального суб'єкта злочину, можливий і принципово інший підхід. Із загального правила, згідно з якими при співучасті в злочинах із спеціальним

суб'єктом виконавцями можуть бути лише особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта, можуть бути винятки у вигляді входження до складу співвиконавців осіб, які не є спеціальними суб'єктами злочину (усім зрозумілий приклад: співвиконавство жінки або імпотента в зґвалтуванні жінки).

Із цього приводу С. Шапченко пише, що об'єктивна сторона окремих злочинів, юридичний склад яких передбачає спеціального суб'єкта, може включати в себе не одне, а кілька діянь; причому одне діяння може вчинити лише спеціальний суб'єкт, а інше (інші) – як спеціальний, так і загальний суб'єкти. Якщо це інше діяння вчиняє загальний суб'єкт, правозастосовна практика розглядає його як співвиконавця злочину. Разом з тим вчений наголошує на тому, що в окремих злочинах (сказане стосується, наприклад, одержання хабара) взаємозв'язок діяння та ознак спеціального суб'єкта носить функціонально нерозривний характер, у зв'язку з чим передбачене в юридичному складі відповідного злочину діяння може вчиняти лише спеціальний суб'єкт. Відповідно, при вчиненні в співучасті подібних злочинів співучасник, який не має ознак спеціального суб'єкта (у нашій ситуації – це посередник, який не є службовою особою, працівником підприємства, установи, організації, особою, яка надає публічні послуги), за жодних умов не може визнаватись виконавцем (співвиконавцем) злочину (у нашій ситуації – одержання неправомірної вигоди).

3. Предмет злочину не є власністю посередника і не розглядається винним як такий, що переходить у його власність. Здатність розпоряджатися предметом злочину як своїм власним є однією з головних ознак особи, яка надає неправомірну вигоду. Виступаючи посередником, особа лише реалізує вольовий акт виконавця надання неправомірної вигоди щодо розпорядження предметом злочину, який перебуває в його власності.

Однак перебування у власності майна, яке може виступити неправомірною вигодою, не впливає на кваліфікацію вчиненого як того чи іншого корупційного злочину. Більше того: неправомірною вигодою може виступати благо, яке не належить особі і розпоряджатись яким вона не вправі (зокрема, майно, здобуте злочинним шляхом). Крім цього, наведений аргумент нівелюється, якщо фізичного посередника визнавати не виконавцем, а співвиконавцем надання неправомірної вигоди, який згідно з досягнутою домовленістю про розподіл ролей частково виконує об'єктивну сторону складу певного злочину. У цьому плані можна міркувати приблизно таким чином: один співвиконавець (посередник) передає неправомірну вигоду належному суб'єкту, а інший співвиконавець (той, кому належить ця неправомірна вигода) розпоряджається нею таким чином, щоб добитися від суб'єкта – одержувача неправомірної вигоди вчинення певного діяння в своїх інтересах чи інтересах третьої особи. Оскільки суб'єкт надання (пропозиції, обіцянки) неправомірної вигоди не обтяжений ознаками спеціального суб'єкта злочину, а співучасники (зокрема, співвиконавці) можуть при вчиненні злочину керуватись різними мотивами і цілями, можемо говорити про відсутність юридичних перешкод для визнання посередника співвиконавцем надання неправомірної вигоди.

4. Попри те, що вчинення або утримання від вчинення певних дій спеціальним суб'єктом з використанням його службового чи професійного становища знаходиться поза межами складу злочину одержання неправомірної вигоди, все ж саме конкретна поведінка службової особи (особи, яка надає публічні послуги) є кінцевою метою особи, що надає неправомірну вигоду при вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ст. 369 КК. Посередник не спрямовує свої дії на отримання «вигоди», що полягає у вчиненні або невчиненні службовою особою (особою, яка надає публічні послуги) будь-яких дій із використанням останньою свого службового чи професійного становища. На відміну від посередника, дії виконавця надання неправомірної вигоди саме на це і спрямовуються.

Слід відзначити, що ставлення до цього останнього аргументу на користь невизнання посередника в наданні-одержанні неправомірної вигоди та оцінка його (аргументу) переконливості (значущості) у співавторів статті не збігаються. Фактично це єдине (хоч і принципове) положення, щодо якого ми на сьогодні не дійшли консенсусу.

Один із нас (Є. Письменський), дискутуючи з Н. Антонюк і В. Плеканом, зауважує, що збіг інтересів між суб'єктами злочину при його співвиконавстві не є обов'язковою вимогою кримінального закону, який є основною юридичною підставою кваліфікації певного діяння. Достатньо того, щоб співвиконавці хоча б у загальних рисах усвідомлювали наявність і зміст цих інтересів. Теорія кримінального права виходить з того, що із суб'єктивної сторони для співвиконавства характерними є лише спільний умисел співучасників, усвідомлення кожним із них змісту і суспільної небезпеки своїх дій і дій інших учасників, спільності дій і спільності заподіяваного злочинного наслідку. Відповідно, посередництво в наданні-одержанні неправомірної вигоди з погляду чинного КК може кваліфікуватись як співвиконавство у вчиненні одного з цих злочинів, а позиція Н. Антонюк та В. Плекана, які заперечують таку можливість, не відповідає законодавчо визначеним ознакам співучасті в злочині (ч. 1 ст. 26 КК) та виконання злочину (ч. 2 ст. 27 КК).

Інший співавтор цієї статті (О. Дудоров), загалом сприймаючи останній аргумент львівських дослідників, хотів би уточнити, що тісний, нерозривний зв'язок між наданням, пропозицією, обіцянкою неправомірної вигоди, з одного боку, і виконанням або невиконанням належним суб'єктом дій з використанням свого службового становища, повноважень, з іншого, є ознакою не суб'єктивної, а об'єктивної сторони відповідних складів

злочинів. Нагадаю, що специфіка зв'язку між хабаром і діями службової особи, за виконання (невиконання) яких він одержується, традиційно в юридичній літературі (включаючи дореволюційну) з'ясовувалась саме при дослідженні об'єктивної сторони одержання хабара. Вказана обов'язкова ознака, як видається, ставить під серйозний сумнів тезу про можливість визнання посередника співвиконавцем надання неправомірної вигоди, а згідно з усталеним останнім часом у кримінально-правовій доктрині правилом кваліфікації конституційного походження, підтвердженим практикою Європейським судом з прав людини, усі сумніви мають тлумачитись на користь особи, діяння якої кваліфікується.

Так, фізична передача посередником неправомірної вигоди «публічній» службовій особі здійснюється не «за» вчинення (невчинення) такою особою дії з використанням влади чи службового становища, а тому з кримінально-правової точки зору не може визнаватись частиною об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 369 КК (така поведінка не містить навіть частково ознак складу цього злочину). Можна сказати, що перешкодою для кваліфікації дій посередника як дій співвиконавця надання неправомірної вигоди слугує закріплена в ст. 369 КК специфіка складу цього злочину. Як слушно писав свого часу М. Мельник, за об'єктивними ознаками основна відмінність між дачею хабара і посередництвом полягає в тому, що обов'язкова для дачі хабара ознака передачі предмета хабара посадовій особі за вчинення (невчинення) нею певних дій не є характерною (конструктивною) для складу посередництва в хабарництві. Навіть у тому випадку, коли на посередника покладається функція вручення предмета хабара хабарнику, він діє як хабародавець лише у фізичному сенсі. В юридичному плані він таким не є. Таку ж позицію обстоює К. Задоя, який посередника, котрий діє в інтересах надавача неправомірної вигоди, характеризує як суб'єкта, який, зокрема, не прагне вчинення (не вчинення) певної дії з використанням влади, службового становища чи повноважень відповідного суб'єкта. Аналогічним чином висловлюється І. Ткачов, на думку якого інтерес посередника полягає в досягненні та реалізації корупційної угоди, і реалізацією такої угоди цей інтерес вичерпується. Дії або бездіяльність службової особи, обумовлені передачею предмета хабара, посередника не цікавлять. На відміну від посередника, хабародавець, навіть той, який діє від імені особи, яку він представляє, завжди зацікавлений у вчиненні хабароодержувачем певного діяння.

Водночас посередник може визнаватись, наприклад, співвиконавцем злочинів, пов'язаних із незаконним обігом зброї, наркотиків, деяких інших різновидів майна, позаяк перешкод для такої кримінально-правової оцінки чинний КК не містить.

Варто зауважити і таке. Визнання посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди співвиконавством у відповідному злочині не виключається, якщо тлумачити поняття співвиконавства не традиційно (як часткове виконання об'єктивної сторони складу злочину), а дещо ширше – так, як це робить, наприклад, Л. Гаухман. Цей вчений співвиконавцем злочину пропонує визнавати не лише того, хто здійснює дії, описані в диспозиції статті Особливої частини КК, а й особу, яка, не вчиняючи їх, під час, на місці і в процесі злочину вдається до дій, що органічно вплітаються в процес вчинення злочину і без яких вчинення останнього було б неможливим або ускладненим. Вада традиційної позиції з питання про якісний склад групи осіб за попередньою змовою інколи вбачається в тому, що пов'язування групи осіб за попередньою змовою саме і тільки із співвиконавством не дозволяє забезпечити належну кримінально-правову оцінку окремим різновидам групової співучасті. У межах цього підходу виділяються прояви співучасті, які характеризуються високим ступенем взаємодії та взаємообумовленості та, як наслідок, більшою суспільною небезпекою, ніж ті, що становлять собою співучасть у вузькому розумінні (співучасть з розподілом ролей), та які водночас немає підстав визнавати ні співвиконавством, ні організованою групою.

Таким чином, можемо констатувати неоднозначність і суперечливість як теоретичних підходів до розв'язання проблем кримінально-правової кваліфікації посередництва в наданні й одержанні неправомірної вигоди, так і вироблених у судовій практиці орієнтирів. Останні, до речі, цілком можуть і повинні стати предметом розгляду Верховного Суду України в аспекті усунення існуючого неоднакового застосування кримінального закону щодо подібних правовідносин. *De lege lata* фізичне посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди лише в деяких ситуаціях може розцінюватись як пособництво у вчиненні відповідних корупційних злочинів. Йдеться про доволі рідкі випадки сприяння таким злочинам шляхом усунення перешкод, які ускладнювали їх вчинення. Відповідь на питання, чи існує в чинному КК прогалина щодо кримінально-правової оцінки досліджуваного посередництва, залежить від того, чи сприймає той чи інший науковець або правозастосувач розуміння цього діяння як співвиконавства в наданні або одержанні неправомірної вигоди. Це, своєю чергою, значною мірою є похідним від того, яке розуміння співвиконавства в злочині обстоює суб'єкт тлумачення кримінального закону. Разом з тим очевидно, що зазначений теоретичний підхід, який в юридичній літературі піддається критиці (щоправда, далеко не завжди коректній і переконливий), стосується передусім фізичного посередництва і не повною мірою здатен вирішити проблему кваліфікації інтелектуального посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди. Існуючі ж пропозиції *de lege ferenda*, спрямовані на розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди шляхом внесення змін до Особливої частини КК, на жаль, не можуть розцінюватись як конструктивні.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ (ПОГЛЯД ТЕОРЕТИКА В ОЧІКУВАННІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)¹

Останнім часом увага правників прикута до новел антикорупційного законодавства, чимало з яких піддається жорсткій і, як не прикро це констатувати, справедливій критиці. Однією з новел, неоднозначно сприйнятих фахівцями, є ст. 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення», щодо змісту, значення і перспектив якої в юридичній літературі висловлюються контрадикторні судження. Мої погляди на цю кримінально-правову заборону також не залишались незмінними і піддавались еволюції – від характеристики статті КК про відповідальність за незаконне збагачення як сумнівної законодавчої новели до поступового усвідомлення її потрібності для більш ефективної протидії корупції в сучасних умовах і вироблення розрахованих у першу чергу на практиків рекомендацій щодо її застосування.

Метою пропонованої статті є з'ясування проблемних аспектів кримінально-правової характеристики незаконного збагачення, викладення та аналіз спрямованих на їхнє усунення підходів, вироблених доктриною (праці О.І. Гузоватого, О.П. Денегі, К.П. Задой, О.О. Книженко, В.М. Киричка, М.В. Кочерова, В.А. Мисливого, Д.Г. Михайленка, В.І. Осадчого, А.В. Савченка, В.М. Трепака, М.І. Хавронюка та ін.), і висунення на цій підставі пропозицій щодо вдосконалення ст. 368-2 КК.

Передусім відзначу, що присвячена незаконному збагаченню стаття КК неодноразово зазнавала змін, що, своєю чергою, призводило до зміни уявлень про суть цього злочину. Так, у первісній редакції ст. 368-2 КК (Закон від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення») незаконне збагачення визначалось як одержання службовою особою неправомірної вигоди в значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва.

Тобто ми мали справу з одним із тих випадків, коли, за слушним висловлюванням В.О. Навроцького, «кримінальний закон сам зобов'язує проводити розмежування між злочинами, передбачаючи відповідальність за певними статтями КК лише при відсутності ознак інших посягань...» [1, с. 477]. Щоправда, і без згаданого негативного застереження було зрозуміло, що встановлення причинного зв'язку між одержанням неправомірної вигоди і дією (бездіяльністю) службової особи з використанням свого службового становища (тобто ознаки об'єктивної сторони складу злочину «одержання хабара») мало виключати застосування статті КК про відповідальність за незаконне збагачення. Крім цього, інтереси боротьби з корупцією навряд чи вимагали встановлення кримінальної відповідальності за одержання службовою особою неправомірної вигоди, зокрема, «за встановлення дружніх стосунків», «про всяк випадок», «за встановленою хибною практикою», якщо відповідне ставлення з боку службової особи не виражається в діях чи бездіяльності з використанням свого службового становища.

У зв'язку з відмовою від використання в КК поняття «хабар» вказівку на відсутність ознак хабарництва в диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК було замінено вказівкою на відсутність ознак, зазначених у ст. 368 КК (Закон від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»). Використаний у змінній ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу» був не зовсім точним, оскільки в ст. 368 КК говорилося (говориться і тепер) не лише про одержання відповідною особою неправомірної вигоди – дію, аналогічну тій, що каралась за ст. 368-2 КК, а і про невідоме останній прийняття особою пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди.

У період чинності наведеної вище редакції кримінально-правової заборони щодо незаконного збагачення в судовій практиці зазвичай визнавалось, що ст. 368-2 і ст. 368 КК співвідносяться між собою як загальна і спеціальна норми, а передбачені ними діяння є проявами кримінально караного корупції. Насправді співвідношення вказаних статей КК не підпадало під поняття конкуренції кримінально-правових норм, а дозволяло говорити про передбачені цими статтями КК суміжні склади злочинів. Сформулювавши відповідну правову позицію (постанови Судової палати у кримінальних справах – від 7 листопада 2013 р. у справі № 5-29кс13 і від 9 квітня 2015 р. у справі № 5-5кс15), Верховний Суд України встановив, що, на відміну від ст. 368 КК, диспозиція ч. 1 ст. 368-2 КК не пов'язує (не ставить у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб. Стверджувалося, що закріплена в ст. 368-2 КК заборона призначена запобігти виникненню конфлікту інтересів, забезпечити прозорість та ефективність виконання функцій влади та (чи) управління у сфері публічних відносин, гарантувати неупередженість службової особи під час виконання наданих їй службових повноважень. Це означає, що службова особа тільки через те, що вона має статус державної публічної службової особи і наділена службовими повноваженнями, за будь-яких умов, приводів, обставин, причин не має права без законних на те підстав отримувати грошові

¹ Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2017. – № 1. – С. 129–142.

кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, інші особистісні знаки уваги тощо. Одержання зазначеної вигоди за наведених умов (пасивна корупція) і володіння цією вигодою в сукупності з іншими обставинами дають підстави розцінювати дії службової особи як незаконне збагачення. При цьому зверталась увага на інші ознаки, спроможні ідентифікувати вчинене як незаконне збагачення (офіційно закріплена наявність майна, яке значно перевищує офіційно проголошені доходи службової особи; встановлена невідповідність між доходами і майновим станом службової особи).

Даючи оцінку первісній редакції ст. 368-2 КК та визначаючи її перспективи, ми з Т.М. Тертиченко писали, що Україна не була готова до встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння рекомендується визнавати злочином у Конвенції ООН проти корупції, а справжньої потреби в існуванні кримінально-правової заборони про незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння визнається злочином, немає. Більш доречним ми вважали шлях вдосконалення цивільно-правового порядку вилучення безпідставно набутого майна і запровадження кримінальної відповідальності публічних службовців за відмову від декларування доходів і майна, а так само за надання завідомо неправдивих відомостей про їхнє походження; щоправда, криміналізації такого діяння мало передувати законодавче запровадження системи обов'язкового декларування і, головне, реалізація такої системи на практиці [2, с. 30, 33].

Згадавши викладену наукову позицію в своєму відгуку офіційного опонента на дисертацію О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)», В.А. Мисливий відзначив, що на сьогодні систему відповідного декларування запроваджено, а КК доповнено ст. 366-1 «Декларування недостовірної інформації». Все це актуалізує питання, чи не є достатнім для кримінально-правової протидії незаконному збагаченню ст. 366-1 КК і чи не варто в такому випадку вважати ст. 368-2 КК зайвою або дублюючою нормою. З огляду на серйозні проблеми, пов'язані з тлумаченням теперішньої редакції статті КК про відповідальність за незаконне збагачення, таке питання не виглядає надуманим.

Повернемось, однак, до висвітлення тернистого шляху вдосконалення аналізованої кримінально-правової заборони.

Згідно з ч. 1 ст. 368-2 КК, викладеної в редакції Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України», під незаконним збагаченням треба було розуміти набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані з законних джерел, або передачу нею такого майна близьким родичам. Значним перевищенням визнавалась сума, що в два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в декларації уповноваженої особи за відповідний період, поданій у порядку, встановленому Законом «Про запобігання корупції».

«Прив'язування» ознак складу злочину «незаконне збагачення» до порядку декларування, передбаченого зазначеним Законом (останній набрав чинності 26 квітня 2015 р.), фактично означало, що оновлена ст. 368-2 КК могла застосовуватись лише щодо тих випадків незаконного збагачення, які мали місце, починаючи не з 25 січня 2015 р. – моменту набрання чинності Законом «Про Національне антикорупційне бюро України», а з 26 квітня 2015 р. (а, можливо, і пізніше – з 2 квітня 2016 р., коли завершиться відповідне декларування майна і доходів за 2015 р.). Однак уже 5 березня 2015 р. набрали чинності відповідні положення Закону від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», на підставі якого ст. 368-2 КК знову було викладено в новій (чинній наразі) редакції. При цьому остання відсилає в частині визначення суб'єкта злочину (ч. 1 примітки ст. 368-2 КК) до Закону «Про запобігання корупції», який, як вже зазначалось, набрав чинності 26 квітня 2015 р. Очевидно, що з'ясовану колізію варто вирішувати з урахуванням положення «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», звідки випливає, що чинна редакція ст. 368-2 КК може застосовуватись лише щодо тих випадків незаконного збагачення, які мали місце, починаючи з 26 квітня 2015 р. Таку точку зору, висловлену мною в коментарі до ст. 368-2 КК [3, с. 260], поділяє В.М. Трепак, на думку якого під кримінальну відповідальність за незаконне збагачення у формі набуття у власність активів, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, підпадають лише ті діяння, які були вчинені після набрання чинності нинішньою редакцією ст. 368-2 КК (з весни 2015 р.) [4].

Не виключається, однак, інше вирішення цього питання. У рішенні ЄСПЛ у справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» від 12 серпня 2015 р. (п. 99) у контексті з'ясування відповідальності державних службовців за багатства, джерело яких пояснити неможливо, зазначається, що вимога законності не може трактуватись звичайним чином як така, що запобігає можливості контролювати користування майном або будь-якого іншого втручання у матеріальні права за допомогою нових ретроспективних положень законодавства, які регулюють тривалі фактичні ситуації або заново регулюють правові відносини. За сприйняття такого підходу досліджувана кримінально-правова заборона може застосовуватись (зрозуміло, з урахуванням вимог ст. 5 КК «Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі») щодо тих випадків незаконного збагачення, які мали місце, починаючи з моменту набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких

законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», на підставі якого, як вже зазначалось, у КК з'явилась ст. 3682 КК.

Усього з моменту запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення і по сьогоднішній день ст. 368-2 КК шість разів зазнавала змін. Така ситуація пояснюється тим, що законодавець перебуває в пошуку найоптимальнішої моделі ст. 368-2 КК, яка б слугувала дієвим засобом у кримінально-правовій протидії корупції, не суперечила б основоположним принципам національної правової системи та не створювала б конкуренції між нормами кримінального закону [5, с. 8; 6, с. 36, 194].

Більшість країн Європи і США, як і раніше, неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінального караного діяння. Причинами цього називаються порушення відповідною заборонаю принципів кримінального судочинства та конституцій щодо презумпції невинуватості, а також наявність в національному законодавстві достатніх превентивних заходів для боротьби з корупцією, включаючи незаконне збагачення [7, с. 87].

У ст. 20 Конвенції ООН проти корупції умисне незаконне збагачення визначається як значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи та які (треба так розуміти – активи) вона не може раціонально обґрунтувати. Як бачимо, основний зміст незаконного збагачення в конвенційному розумінні є таким: живеш не за заробленими коштами і не можеш це розумними чином пояснити – ти злочинець. При цьому в тексті вказаного міжнародно-правового документа зроблене серйозне застереження, яке підтверджує факультативний характер наведеного положення: держава-учасниця Конвенції розглядає можливість криміналізації незаконного збагачення за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів власної правової системи.

Ст. 20 Конвенції ООН проти корупції встановлює презумпцію походження майна державної посадової особи внаслідок вчинення корупційних діянь, і цю презумпцію особа, яка обвинувачується в незаконному збагаченні, має спростувати. Але, як зауважує Г.І. Богуш, насправді кошти можуть мати будь-яке походження, хай навіть і незаконне, однак зовсім не обов'язково пов'язане з корупцією. Стверджується також, що факт наявності в особи доходів, які вона не може розумно пояснити, є хіба що серйозним порушенням службової етики, але не кримінально караного корупцією. Крім цього, з конвенційного визначення незаконного збагачення не зрозуміло, стосовно якого діяння має встановлюватись умисна форма вини, бо значне збільшення активів є не діянням, а його наслідком. Виходить, що діяння презюмується, а це суперечить положенню класичного кримінального права про відповідальність особи за свої винні діяння. Фактично ст. 20 Конвенції ООН проти корупції вимагає визнавати злочином стан (наявність активів), в якому опинилась особа; дії ж, у результаті яких можуть бути утворені такі активи (розкрадання, зловживання тощо), вже криміналізовані [8, с. 33–34; 9, с. 170–172; 10, с. 116; 11, с. 125–126; 12].

Натомість інші дослідники підкреслюють, що презумпція невинуватості, будучи принципом кримінального судочинства, не перешкоджає криміналізації незаконного збагачення і не повинна заважати притягненню до кримінальної відповідальності осіб, які мають у державі особливий статус і поведінка яких становить підвищену небезпеку для суспільства; встановлення факту надприбутків публічної посадової особи породжує серйозні сумніви в її некорумпованості. З практики ЄСПЛ випливає, що презумпція невинуватості і право не свідчити проти себе не є абсолютними і повинні застосовуватись відповідно до принципів розумності, справедливості і співмірності обмеженню прав та основних свобод [13, с. 31; 14, с. 93–95; 15, с. 173]. Виступаючи проти фетишизації презумпції невинуватості, В.О. Навроцький висловлюється вельми емоційно: «Будь-який покидьок, на якому тавра ніде ставити, буде лементувати про презумпцію невинуватості тоді, коли хтось посміє сказати лише про можливість перевірки способу життя, джерел доходів, а ті, які за посадою або суспільним становищем покликані виводити негідників на чисту воду, послужливо погоджуються з таким способом відвернути увагу від персони» [16, с. 48]. Небезпідставним вважаю припущення про те, що відсутність криміналізації незаконного збагачення в РФ та інших країнах СНД насправді зумовлена не порушенням конституційного принципу презумпції невинуватості, а соціально-політичними причинами [17, с. 466].

Цікаво, що ні в Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією, ні в Додатковому протоколі до неї серед заходів, яких, на думку держав-членів РЕ, необхідно вживати на національному рівні для боротьби з корупцією, про криміналізацію незаконного збагачення не йдеться. Тому допускає неточність В.Н. Кубальський, який виокремлення в нашому КК заборони, присвяченої незаконному збагаченню, пов'язує зі сприйняттям рекомендацій не лише ООН, а і РЕ [18, с. 369].

Ст. 368-2 КК, викладену в редакції Закону від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», вважаю, хоч і недосконалою (про це йтиметься нижче), проте компромісною: вона є результатом (причому більш адекватним порівняно з первісною редакцією цієї статті КК) виконання Україною відповідної міжнародно-правової рекомендації (ст. 20 Конвенції ООН проти корупції), і водночас в її чинній редакції не вбачається порушень (принаймні явних, не прихованих) конституційного

принципу презумпції невинуватості. Твердження М.Р. Кліменко та Є.В. Лашука про те, що імплементація конвенційного положення про незаконне збагачення (ст. 20 Конвенції ООН проти корупції) у національне кримінальне законодавство (ст. 368-2 КК) суперечить вказаному конституційному принципу [19, с. 40–41], не повною мірою враховує «творчий» підхід вітчизняних парламентаріїв, які при формулюванні чинної редакції аналізованої кримінально-правової заборони спробували (щонайменше текстуально) відійти від положення, закріпленого в ст. 20 Конвенції ООН проти корупції.

Відповідно до статей 62 і 63 Конституції України: ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину; особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь; обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях.

Очевидно, що формулювання кримінально-правової норми про незаконне збагачення в ключі, рекомендованому Конвенцією ООН проти корупції (коли на особу, аби уникнути кримінальної відповідальності, покладається обов'язок пояснити походження належного їй майна, і цей обов'язок включається в склад злочину), суперечило б наведеним конституційним приписам. Так само вважає І.Б. Газдайка-Василишин, на думку якої врахування положень ст. 62 Конституції України унеможлиблює криміналізацію незаконного збагачення в такому розумінні, як його (незаконне збагачення) тлумачить Конвенція ООН проти корупції [20, с. 87].

У п. 6.2 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції») зазначається, що дискусія про презумпцію невинуватості не є актуальною у контексті того, як незаконне збагачення визначається в українському законодавстві; тягар доведення за чинною редакцією ст. 368-2 КК повністю лежить на стороні обвинувачення. Відтак, це не суперечить праву підсудного на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ). Про це саме пише О.І. Гузоватий, стверджуючи, що ст. 368-2 КК в її чинній редакції сформульована з додержанням права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе [6, с. 49].

Водночас Д.Г. Михайленко висловлюється більш обережно: в основі формулювання ст. 368-2 КК лежить прагнення відсторонитися від прямої вказівки на обов'язок суб'єкта раціонально обґрунтувати походження активів, які перевищують задекларовані легальні доходи, чим обійти або завуалювати проблему тягара доказування на суб'єкта злочину та порушення права не свідчити проти себе [21, с. 368, 371–372; 22, с. 99–103]. Як буде показано нижче, підстави для такої обережності (стриманості) в оцінці чинної редакції аналізованої кримінально-правової заборони в контексті її співвідношення з відповідними конституційними приписами існують. Так само виражено висловлюється В.В. Навроцька, на думку якої імплементація ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та безпека української держави, поставленої під загрозу масовими проявами корупції, цілком можуть дати підставу для поставлення питання про допустимість деяких обмежень у застосуванні принципу презумпції невинуватості [23, с. 153].

У будь-якому разі складно погодитись з А.С. Політовою, яка закликає ч. 1 ст. 368-2 КК сформулювати відповідно до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції [24, с. 204]. Для того, щоб не порушувати ст. 62 Конституції України, при описанні складу злочину «незаконне збагачення» не треба вказувати на обов'язок особи раціонально обґрунтовувати перевищення законних доходів для доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину [25, с. 189].

З урахуванням сказаного я, на відміну від А.В. Савченка, який схвально поставився до відповідної ідеї [26, с. 157], критично оцінюю законопроект від 4 лютого 2016 р. (реєстр. № 4025) «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України», на підставі якого диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК запропоновано викласти в такій редакції: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, які вона не може обґрунтувати, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі...». Вважаю, що не ч. 1 чинної редакції ст. 368-2 КК не враховує норми ст. 62 Конституції України щодо гарантій презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину, як про це зазначається в підписаному р.В. Князевичем висновку Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя щодо загаданого законопроекту, а ч. 1 викладеної в його редакції ст. 368-2 КК.

Д.Г. Михайленко також висловлюється за те, щоб викласти ч. 1 ст. 368-2 КК у редакції, максимально наближеній до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, констатує при цьому незначну глибину обмеження принципу презумпції невинуватості встановленням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у форматі конвенційної норми. Стверджується, що за умови попереднього доведення державою значного збільшення активів суб'єкта і невідповідності такого збільшення задекларованим законним доходам перенесення тягара обвинувачення нормою КК про незаконне збагачення з метою протидії корупції означатиме допустиме порушення гарантій, що випливають з презумпції невинуватості, і не суперечитиме ст. 62 Конституції України, ст. 17 КПК і ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ [2, с. 386, 390, 391–392].

На мою думку, вказаних (подібних) законодавчих змін варто все ж уникати, якщо, звичайно, виходить з потреби існування окремої статті КК про відповідальність за незаконне збагачення. Про перенесення

тягаря доказування на обвинуваченого (у тому числі в розглядуваній ситуації) можна вести мову лише після внесення концептуальних змін до ст. 62 Конституції України (остання сформульована імперативно і за буквального її тлумачення не допускає можливості її порушення, навіть адекватного суспільно значущій меті). Викладення кримінально-правової норми про незаконне збагачення в редакції згаданого законопроекту суперечитиме (причому явно, відкрито) презумпції невинуватості і праву не свідчити проти себе, у зв'язку з чим у випадку його ухвалення варто буде очікувати звернень до Конституційного Суду України на предмет з'ясування конституційності ст. 368-2 КК. Щоправда, така ж доля може спіткати і чинну редакцію цієї статті КК.

До речі, критикуючи формулювання ст. 20 Конвенції ООН проти корупції і, відповідно, його неприйнятність для потреб удосконалення КК РФ, В.М. Бурлаков констатує очевидну нерелевантність цього формулювання: незаконність поведінки впливає не з кримінально-правової заборони, а з відсутності в службової особи можливості розумним чином пояснити перевищення фактичних активів над законними доходами. Така підстава кримінальної відповідальності є неприйнятною з огляду на її невизначеність [27, с. 15]. Видається, що це зауваження цілком може бути екстрапольоване на формулювання диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК України, викладеної в редакції законопроекту «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України».

Здійснюючи телеологічне (цільове) тлумачення ст. 368-2 КК, результати якого можуть і не збігатись з результатами іншого (зокрема, граматичного і системного) тлумачення кримінального закону, відзначаю, що кримінальна відповідальність за незаконне (корупційне) збагачення покликана забезпечити прозорість поведінки публічних службових осіб і спроможна відіграти роль одного з дієвих засобів протидії латентній корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності у відповідного суб'єкта надмірного майна, походження якого не можна пояснити законними джерелами отримання доходів (інакше кажучи, презюмується корупційне походження активів).

Основна ідея виокремлення (самостійного існування) досліджуваної кримінально-правової заборони справедливо вбачається в: 1) необхідності її існування як елемента не основного, а завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції [28, с. 127]; 2) переорієнтації правоохоронних органів з доказування вчинення конкретного корупційного діяння на виявлення і фіксацію факту незаконного збагачення. Відпадає необхідність у складній слідчій діяльності з доказування первинного (предикатного) діяння. Акцент, таким чином, переноситься з кримінального діяння на кримінальний результат на основі припущення про винуватість особи, яка живе на за офіційними доходами і майнове становище якої було істотно поліпшено за допомогою незаконного використання нею свого службового становища [29, с. 802, 805, 807]. Як відзначив М.І. Хавронюк у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)», не має принципового значення, вдається зловити корупціонера «на гарячому» чи про його корупційну діяльність стає відомо тоді, коли вона яскраво засвідчується статками корупціонера, незрівнянними з його статусом «слуги народу».

За бажання до подібних міркувань можна поставитись і вкрай критично, адже виходить, що запровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння наразі визнається злочином нашим законодавцем, засвідчує неспроможність правоохоронних органів викрити корупціонерів у вчиненні конкретних зловживань. У будь-якому разі в світлі сказаного надання ст. 368-2 КК ролі лише ефективного механізму позбавлення злочинців незаконно набутого майна, на чому наголошується в Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджених Законом від 14 жовтня 2014 р., припиняє значення відповідної кримінально-правової заборони при тому, що її чинна редакція не дозволяє визнавати незаконне збагачення корупційним злочином.

Предметом незаконного збагачення виступають активи в значному розмірі. Ця ознака розкривається в ч. 2 примітки ст. 368-2 КК і передбачає необхідність оцінки активів у національній валюті України. З урахуванням суті розглядуваного злочину і вказаної примітки його предмет носить виключно майновий характер. При цьому мінімальний поріг у вигляді однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), як зазначається в п. 5.7 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції», є занадто високим. Він приблизно дорівнює сумі доходу публічного службовця за 10 років. Це значна сума для публічних службовців, а тим більше для звичайних громадян. Встановлення такого мінімального порогу для визначення того, що є незаконним збагаченням, може сприяти формуванню хибного уявлення про допустимість певного рівня корупційної діяльності. Тому необхідно або вилучити мінімальний поріг вартості майна, походження якого неможливо пояснити і володіння яким вважається кримінальним правопорушенням – незаконним збагаченням, або встановити цей поріг на рівні не більше 5–10 НМДГ.

Вважаю таку рекомендацію неприйнятною, оскільки вона не враховує: 1) вказівку ст. 20 Конвенції ООН проти корупції на значне збільшення активів державної посадової особи; 2) призначення ст. 368-2 КК як заборони, що розрахована не на конкретне корупційне зловживання й уособлює завершальний рубіж криміналь-

но-правової протидії корупції; 3) обмеженість ресурсів правоохоронних органів і доцільність зосередження їхніх зусиль на тих фактах незаконного збагачення, який мають значний суспільний резонанс.

Як слушно зазначається в літературі, законодавче встановлення значного розміру незаконного збагачення дозволяє не витрачати зусилля і засоби на факти дрібного незаконного збагачення та виключити ситуацію, коли правоохоронні органи звітуватимуть за допомогою викритих фактів незначних за розмірами незаконних збагачень [30, с. 235]. М.І. Хавронюк, називаючи закріплений у чинній редакції ст. 368-2 КК підхід виправданим, пише, що значний розмір активів як предмета незаконного збагачення є дійсно значним – йдеться про зарплату державного службовця не за місяць, а за 10 (!) років, і таке обмеження сфери дії кримінального закону враховує обмежені можливості правоохоронної системи, яка не повинна розмінюватись на дрібниці [31]. І ще один аргумент (на цей раз компаративістський) на користь недоцільності перегляду закріпленого в ст. 368-2 КК значного розміру активів: КК Литви, визнаючи самостійним злочином незаконне збагачення, передбачає відповідальність для того, хто на праві власності має майно вартістю 19 тис. євро, знаючи або маючи можливість знати про те, що це майно не могло бути одержано на законних підставах [32, с. 133].

Вважаючи за необхідне диференціювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення з урахуванням не лише службового становища суб'єкта злочину, а і розмірів незаконного збагачення, О.І. Гузоватий пропонує в різних частинах ст. 368-2 КК передбачити відповідальність за набуття активів: у значному розмірі – якщо розмір (вартість) грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них перевищує сто НМДГ, у великому розмірі – якщо розмір активів перевищує двісті НМДГ, в особливо великому розмірі – якщо розмір активів перевищує п'ятсот НМДГ [6, с. 95–96, 189, 195].

Не відкидаючи як таку ідею диференціації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залежно від вартості протиправно набутих активів, зауважу, що в кваліфікаційній роботі О.І. Гузоватого відсутнє бодай якесь обґрунтування запропонованих кількісних показників, які, таким чином, є довільними і, відповідно, не можуть слугувати приводом для предметної дискусії. Якщо ж дослідник вирішив просто відтворити показники неправомірної вигоди, закріплені в примітці первісної редакції ст. 368-2 КК, то мушу нагадати, що в документах, пов'язаних зі становленням нового антикорупційного законодавства України, був відсутній навіть натяк на обґрунтування зазначених величин.

Задля справедливості відзначу, що кількісні параметри криміноутворювальних ознак складів злочинів, пов'язаних із корупцією, беруться «зі стелі» не лише в Україні. Так, С.В. Максимов, пропонуючи на виконання рекомендації ООН встановити в КК РФ відповідальність за незаконне збагачення – документально не підтверджене придбання майна (права на нього) у великому розмірі, чомусь визначив останній як суму, що дорівнює 30 млн. руб. (на момент висунення пропозиції це дорівнювало приблизно 1 млн. євро) [33, с. 64].

Обов'язковою ознакою предмета складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК, є те, що законність підстав набуття активів у власність не підтверджена доказами. Таке незвичне законодавче формулювання (а воно породжує чи не найбільше дискусій), на мою думку, не означає, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, задля уникнення обвинувачення її в незаконному збагаченні зобов'язана доводити факт законності набуття нею певних активів. Принаймні таку позицію я намагався послідовно обстоювати в коментарі до ст. 368-2 КК [3, с. 262]. Шляхом обережного формулювання складу злочину «незаконне збагачення» можна усунути перешкоду у вигляді презумпції невинуватості. Для цього потрібно покласти на прокурора тягар доказування наявності певного майна, відсутності законних джерел доходів, які могли б пояснити походження майна, злочинний намір придбати згадане майно тощо [34, с. 66].

Навпаки, думку про покладання відповідного обов'язку на суб'єкта незаконного збагачення висловлено у висновку Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», а також в юридичній літературі. Наприклад, О.О. Книженко пише, що, виходячи з чинної редакції ст. 368-2 КК, можна стверджувати, що законодавець фактично поклав обов'язок доводити законність підстав набуття активів у власність на суб'єкта злочину [35, с. 113].

Зроблений О.О. Книженко наголос на фактичності покладання відповідного обов'язку певною перегукується з викладеною вище думкою Д.Г. Михайленка про намагання законодавця завуалювати в чинній редакції ст. 368-2 КК проблему тягара доказування та порушення права не свідчити проти себе, а також позицією окремих зарубіжних дослідників, які принципом, порушуваним складом злочину «незаконне збагачення», називають право не свідчити відносно себе та близьких осіб. Таке право вимагає від сторони обвинувачення довести свою правоту, навіть якщо обвинувачений вирішить не давати жодних показань і доказів протягом усього процесу. При незаконному збагаченні обвинувачений сам повинен надати докази, дати показання задля спростування підозри в набутті незаконно придбаних активів. Не даючи жодних пояснень та не спростовуючи підозри відносно себе, обвинувачений в незаконному збагаченні автоматично визнається винуватим, що врешті-решт є порушенням принципів кримінального судочинства [36].

Подібним чином розмірковує В.М. Трепак, який різко критично налаштований до чинної редакції розглядуваної кримінально-правової заборони. Стверджується, що законодавче визначення складу «незаконне збагачення», фактично примушує (зобов'язує) особу, стосовно якої висунуто звинувачення в незаконному збагаченні, давати свідчення (за наявності конституційного права не свідчити стосовно себе та близьких родичів), а також доводити законність своїх дій (за існування принципу презумпції невинуватості). Якщо вона цього не зробить, то її невідворотно чекає покарання [4]. Про узаконену чинною редакцією ст. 368-2 КК можливість безпідставного порушення прав людини веде мову і В.М. Киричко [37, с. 146–148].

Повторю, що, виходячи зі змісту нинішньої редакції ст. 368-2 КК, обов'язок доводити незаконність походження наявних у суб'єкта активів покладається на орган обвинувачення. Зроблений висновок впливає і з презумпції правомірності набуття права власності на майно, закріпленої в ч. 2 ст. 328 ЦК, а також зі ст. 92 КПК «Обов'язок доказування». Особа, яка підозрюється (обвинувачується) в незаконному збагаченні, не зобов'язана, проте має право надавати пояснення щодо джерел наявних у неї активів і законності їх походження. Особливо це має значення у випадках втрати правовстановлювальних документів на майно, смерті або зникнення осіб, які подарували чи на інших правових засадах передали майно особі, заяви останньої про знахідку майна тощо. У пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 24 квітня 2014 р. «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань», слушно зазначається, що конструкція складу злочину «незаконне збагачення» не передбачає перекладення тягаря доказування на обвинуваченого – орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину (суб'єкт злочину; набуття у власність чи користування особою певних активів; законні джерела доходів цієї особи, наявність різниці між доходами, отриманим з таких джерел, та майном, яке знаходиться у власності чи користуванні особи, відсутність інших законних джерел, які можуть пояснити таку різницю, тощо).

Тому мені складно погодитись із В.М. Киричком, який законодавчий припис «законність підстав набуття активів у власність не підтверджена доказами» називає модифікацією конвенційного припису «які вона не може раціонально обґрунтувати». Разом з тим вчений правий, коли вказує на нетотожність понять «активи, законність підстав набуття яких не підтверджується доказами» та «незаконні активи» і на небезпеку інкримінування ст. 368-2 КК, зокрема, у випадку, коли особа на законних підставах набула активи у власність, а докази таких підстав з тих чи інших причин відсутні [37, с. 148–149]. До речі, свого часу М.І. Мельник висловлював подібну думку: сама по собі відсутність підтвердження законності походження доходів в жодному разі не свідчить про злочинне походження таких доходів [38, с. 26].

Презумпція невинуватості не виключає проведення різноманітних дій задля отримання доказів у кримінальному провадженні щодо незаконного збагачення. Поняття доказів, їх належності, допустимості, а також порядок збирання та оцінки закріплено в главі 4 КПК «Докази і доказування».

Одним із доказів у цьому разі може слугувати декларація, подана особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в порядку, визначеному Законом «Про запобігання корупції». Згідно з його ст. 50 перевірка декларації полягає в з'ясуванні достовірності задекларованих відомостей, точності оцінки задекларованих активів, перевірки на наявність конфлікту інтересів та ознак незаконного збагачення. Погоджуюсь з Д.Г. Михайленком, який, вказуючи на важливість таких компонентів, як декларування доходів і витрат, спеціальні перевірки зі встановлення справжнього майнового становища суб'єкта та його близьких родичів тощо, зазначає, що такий комплексний підхід істотно полегшує фіксацію корупції і притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення [21, с. 382].

Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, передбаченій Законом «Про запобігання корупції», або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації має за наявності підстав кваліфікуватись за ст. 3661 КК. Інкримінування останньої не виключає кримінальної відповідальності за незаконне збагачення – за умови наявності у вчиненому всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 3682 КК.

У п. 6.2 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції» з приводу, так би мовити, процесуальної значущості майнової декларації зазначається, що її наявність може полегшити державному обвинувачу завдання довести, що відповідач набув майно незаконно. Якщо, наприклад, загальна сума доходу, задекларована публічним службовцем протягом всього строку його перебування на посаді, становить лише 25 тис. євро, але слідчі виявили в його власності (готівкою та на банківських рахунках) 300 тис. євро, то це є переконливим доказом, що як мінімум стосовно 275 тис. євро немає «законних підстав» набуття в значенні ст. 368-2 КК.

У доктрині зустрічається пропозиція пов'язати наявність складу злочину «незаконне збагачення» до декларування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надавши йому матеріально-правового значення, – фактично повернутись до підходу, втіленого в одній з попередніх редакцій ст. 368-2 КК. Так, О.С. Бондаренко називає нормативне формулювання значного розміру активів як предмета незаконного збагачення неоптимальним, зважаючи на варіативність рівня офіційних доходів

суб'єктів цього злочину, а формулювання ст. 368-2 КК у редакції Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» – наближеним до суспільних реалій. У зв'язку з цим в примітці ст. 368-2 КК запропоновано вказати на те, що активами в значному розмірі є вигоди, розмір (вартість) яких у два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за відповідний період, поданій особою у порядку, встановленому Законом «Про запобігання корупції» [39, с. 150–151].

Вище вже наводились аргументи на користь того, що розмір активів (предмет незаконного збагачення) має бути по-справжньому значним – як це, власне кажучи, і передбачено чинною редакцією ст. 368-2 КК. Висловлю також сумнів у доречності визначення параметрів предмета незаконного збагачення як злочину (майна нелегітимного) за допомогою звернення до розміру офіційних (легальних) доходів, відображених у декларації уповноваженої особи. Постає і питання, чи не суперечитиме ст. 368-2 КК, яка не буде встановлювати однакового (єдиного) розміру активів як предмета кримінально караного збагачення, принципу рівності осіб перед законом.

Цілком очевидно, що положення ч. 1 ст. 368-2 КК про не підтвердження доказами законності підстав набуття відповідною особою активів у власність є складним для сприйняття, неоднозначним і, як наслідок, спроможним викликати суперечливі тлумачення. Показовою в цьому сенсі є позиція вже згаданого В.М. Трепака. Серед іншого, він указує на незвичність чинної редакції ст. 368-2 КК, яка всупереч своїй назві («Незаконне збагачення») вимагає від органу обвинувачення доводити законність активів відповідного суб'єкта. При конструюванні диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК кримінально-процесуальне положення щодо доказів штучно переведено в ранг кримінально-правового (матеріального). Звідси усі ці виверти про «доведення незаконності через доведення законності». З метою усунення цієї вади незаконне збагачення пропонується визначити в КК як «незаконне набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі...» [4].

Погоджуючись з думкою про незвичність (щоб не сказати – парадоксальність) існуючого законодавчого визначення незаконного збагачення і нагальну потребу його вдосконалення, водночас зауважу, що і формулювання, запропоноване В.М. Трепаком, навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення. Адже воно не вирішує існуючі проблеми, пов'язані з колом предикатних (щодо незаконного збагачення) діянь і, як і чинна редакція ст. 368-2 КК, не наголошує на винятково корупційній складовій досліджуваного посягання. І це не єдина претензія, яку можна адресувати В.М. Трепаку за його визначення. Особисто я прагну до конструктивної критики законодавця.

О.П. Денегас зазначає, що суб'єкт злочину «незаконне збагачення» зазвичай намагатиметься довести наявність законних підстав набуття активів за допомогою сфабрикованих показань; ймовірно, будуть використовуватись і сфабриковані документи. Тому показання свідків не будуть вважатись належними доказами через їхню недостовірність, але вони відіграватимуть допоміжну роль чи оцінюватимуться в зв'язку з іншими доказами [40, с. 123, 125]. Проте, зі ст. 85 КПК «Належність доказів» і ст. 94 КПК «Оцінка доказів» така категоричність, в основу якої, вочевидь, покладено переконаність у тому, що обвинувачений у незаконному збагаченні завжди буде брехати, не впливає. Крім цього, не зрозуміло, чому показання свідків мають визнаватись неналежним доказом, якщо вважати, що схильним до введення в оману є обвинувачений.

Вже зі сказаного стає очевидною небезпека обвинувального ухилу при застосуванні ст. 368-2 КК. Про таку небезпеку, до речі, цілком слушно пише В.М. Трепак, вказуючи і на існування на практиці спрощеного підходу правоохоронних органів до доведення вини підозрюваних у вчиненні незаконного збагачення, коли до уваги не беруться до уваги всі можливі законні доходи особи (останні можуть і не відобразитися в базах даних ДФС та інших органів) та ігнорується можливість мати родинні заощадження [4]. Але якщо обставини відповідного кримінального провадження усупереч вимогам КПК досліджуються органом обвинувачення не всебічно, неповно або упереджено, то хіба в цьому винен матеріальний кримінальний закон?

Дискусуючи з В.М. Трепаком, М.І. Хавронюк справедливо наголошує на неприпустимості випадків такого застосування ст. 368-2 КК, коли орган досудового розслідування замість доведення усіх ознак складу злочину «незаконне збагачення» обмежується доведенням лише двох з них – суб'єкта і наявності активів у значному розмірі. Із ст. 368-2 КК впливає, що, якщо в тієї чи іншої особи-функціонера попередньо встановлено спосіб життя, який не відповідає її офіційним доходам, то слідчий повинен з'ясувати наявність активів й усі можливі версії їхнього законного набуття, перевірявши різні бази даних, вивчивши усі раніше подані декларації чиновника тощо. Підсудний може надати слідству і суду свої пояснення або не надавати їх; у другому випадку сама по собі відмова надати докази законності набуття активів ще не може розглядатися як факт відсутності таких доказів. Але, наприклад, якщо чиновник виграв в лотерею, але не хоче в цьому зізнатися (щоб не нести відповідальність за ухилення від сплати податків), то це його вибір, і він повинен знати про його наслідки [31].

Взагалі з питання, чия сторона – обвинувачення або захисту – перебуває в кращому становищі за чинної редакції ст. 368-2 КК, можна сперечатись (теоретизувати) довго. Думаю, що практика відповідних судових

розглядів уже найближчим часом допоможе дати відповідь на це питання. Поки що (на противагу згаданому обвинувальному ухилу) можна висунути тезу про надзвичайну складність спростування всіх захисних версій підозрюваного в незаконному збагаченні. «Законність походження значних майнових активів, які не відповідають легальному доходу службової особи, при надзвичайно високій латентності корупційних злочинів набагато простіше підтвердити особі, яка обвинувачується в корупції, ніж обвинуваченню довести незаконний спосіб одержання таких активів» [21, с. 371].

Якщо пояснення підозрюваного стосовно джерел походження його активів органу обвинувачення спростувати не вдасться, то обвинувачення має бути визнане таким, що базується на припущеннях. А згідно з ч. 2 ст. 17 КПК особа має бути виправданою, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

У пояснювальній записці до законопроекту від 4 лютого 2016 р. (реєстр. № 4025) «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України» можна прочитати, що в ст. 20 Конвенції ООН проти корупції порівняно з чинною редакцією ст. 368-2 КК встановлено менш суворі вимоги – слід лише раціонально обґрунтувати законність доходів, а не довести її. Наприклад, особа зберігала чеки, договори тощо, проте вони згоріли, і докази набуття доходів вже відсутні; за чинним КК така особа буде притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Раніше подібну точку зору висловив Д.Г. Михайленко: ст. 368-2 КК встановлює необхідність для обвинуваченого підтверджувати законність набуття своїх активів виключно доказами, що ставить його в значно жорсткіші рамки, ніж це передбачено ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами [21, с. 368; 22, с. 100–101].

Таке протиставлення понять «обґрунтування» і «доказування» з погляду кримінальної відповідальності за незаконне збагачення вважаю дещо надуманим (штучним), оскільки фактично йдеться про одне і те ж. Зокрема, хіба показання особи про втрату відповідних документів не повинні визнаватись доказом, який (зрозуміло, поряд з іншими доказами) підлягає оцінці? Хіба за допомогою показань свідків та інших доказів не можуть бути встановлені факти здійснюваного добровільно відшкодування відповідному суб'єкту моральної шкоди або вчинення правочинів – навіть тих із них, що не зареєстровані у встановленому порядку або стали джерелом неоподатковуваних доходів?

Вказівка в ч. 1 ст. 368-2 КК на докази видається прийнятною навіть з огляду на те, що віднесення фактичних даних до доказів є прерогативою органу обвинувачення, а не суб'єкта злочину [26, с. 157]. Як слушно зазначається в літературі, розумні межі обвинувачення в незаконному збагаченні полягають в достатній процесуальній доведеності невідповідності ринкової вартості активів рівню заробітної плати та іншим офіційним доказам. З цієї метою треба застосовувати традиційні методи правоохоронної діяльності щодо доказування зазначеної невідповідності (пошук свідків, вивчення фінансових документів і правочинів, відслідковування операцій з майном тощо) [29, с. 803].

На думку А.В. Савченка, конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» означає ситуацію, за якої в межах якогось провадження (кримінального, цивільного, господарського, адміністративного тощо) наявні відповідні фактичні дані, що не підтверджують легітимність засад (приводів) одержання суб'єктом грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них [41, с. 129–130]. Видається, однак, що стандарт доказування в цьому разі може бути лише один – кримінально-процесуальний. У ст. 368-2 КК маються на увазі докази в кримінальному провадженні, здійснюваному за цією статтею КК, і відповідна вказівка передусім спрямована на правозастосувача, на якого, як вже неодноразово зазначалось, покладено тягар доказування. Правий О.П. Денєга, який пише, що із зовнішнього боку спостерігається правомірність належності майна суб'єкту незаконного збагачення, однак насправді (змістовно) законні підстави для здійснення оформлення права власності відсутні, що і підлягає встановленню в результаті кримінально-процесуальних дій [40, с. 113].

Не дивлячись на викладені міркування (у тому числі про неприпустимість оцінки якості КК виключно під кутом труднощів, пов'язаних з його застосуванням), визнаю, що проблема легального позначення предмета незаконного збагачення існує. Вирішувати її вважаю за доцільне шляхом заміни вказівки на непідтвердження доказами законності підстав набуття активів іншим зворотом, не таким громіздким, зрозумілішим і, головне, узгодженим із природою матеріального кримінального права. Один із прийнятих для обговорення варіантів – визначення незаконного збагачення як придбання відповідною особою майна, а так само збільшення цього майна, що значно перевищує законні доходи особи, якщо ці дії вчинено без встановлених законом, іншим правовим актом або правочином підстав [9, с. 186–187].

Як і у випадку з відмиванням «брудного» майна, щодо незаконного збагачення існує предикатний злочин (як правило, корупційний), однак орган обвинувачення не зобов'язаний його доказувати [34, с. 65]. З урахуванням чинної редакції ст. 368-2 КК незаконне збагачення є підстави розглядати (хоч і не повністю) як прояв вторинної злочинної діяльності. Відмінності останньої від причетності до злочину є, зокрема, такими:

1) вторинне злочинне діяння, як і причетність, не є співучастю, але не виключає її; 2) суб'єктом вторинного злочину може бути особа, яка брала участь у вчиненні предикатного злочину, а також інша особа (перша ситуація неможлива при причетності до злочину); 3) при причетності завжди має місце збіг кількох осіб при вчиненні відповідних злочинів, а для вторинного злочину це не є правилом – вчинення вторинного злочину можливе тією ж особою, яка брала участь в предикатному злочині (що і має місце при незаконному збагаченні).

На думку О.І. Гузоватого, злочин, передбачений ст. 366-1 КК, є предикатним щодо злочину, караного за ст. 368-2 КК: перший передує встановленню фактів незаконного збагачення [6, с. 158, 180]. Не виключаючи кваліфікацію скоєного належним суб'єктом за сукупністю злочинів, передбачених ст. 366-1 і ст. 368-2 КК (про це йшлося вище), волів би не називати декларування недостовірної інформації предикатним злочином щодо незаконного збагачення. Предикатними в цьому разі, мабуть, варто називати діяння, які стали джерелом безпідставного (незаконного) набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у значному розмірі. Декларування недостовірної інформації не перебуває з незаконним збагаченням у вказаному співвідношенні. До того ж вчинення декларування недостовірної інформації не передує в часі незаконному збагаченню (зазвичай має місце зворотна ситуація).

У літературі висловлено думку про те, що «самозбагачення» не може кваліфікуватись за ст. 368-2 КК, оскільки в цьому разі в діях службової особи наявний склад іншого злочину (наприклад, розкрадання майна шляхом зловживання службовим становищем) [35, с. 115]. На мій погляд, законодавчий зворот «набуття особою ... у власність активів» не перешкоджає оцінці випадків так званого самозбагачення як злочину – незаконного збагачення. Інша річ, що ст. 368-2 КК наголошує не на конкретних зловживаннях особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які (зловживання) потягли за собою незаконне збагачення такої особи (зокрема, це можуть бути злочини, передбачені статтями 191, 364, 368 КК), а на відсутності законних (а точніше таких, що ґрунтуються на належних і допустимих доказах) підстав для значного поліпшення майнового становища цієї особи. Мається на увазі те, що майно не отримане особою як оплата за наукову, педагогічну або творчу діяльність, не вигране, не успадковане, не отримане як подарунок, не накопичене за рахунок легальних доходів минулих років тощо. Як слушно зазначає В.І. Осадчий, якщо встановлено, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, незаконно набула активи в значному розмірі, і немає даних про те, що вона вчинила конкретний злочин (корупційний, проти власності тощо), то в діях цієї особи вбачається склад злочину «незаконне збагачення». Доказувати за таких обставин слід лише невідповідність набутих особою активів тим офіційним доходам, які особа отримувала (наприклад, зарплата, спадщина, виграші) [42, с. 69].

Вважаю, що кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених, з одного боку, зокрема, статтями 191, 364, 368 КК, а, з іншого, ст. 368-2 КК, можлива лише в тому разі, коли майно, яким особа заволоділа унаслідок вчинення предикатного злочину, не збігається з активами як предметом незаконного збагачення. Одну із ситуацій, коли постановка питання про сукупність злочинів цілком доречна, змодельював М.І. Хавронюк у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)»: під час обшуку в житлі службової особи, підозрюваної в одержанні неправомірної вигоди в розмірі 10 тис. доларів США, знайдено ще 100 тис. доларів США невідомого походження чи, наприклад, картини відомих художників, стосовно яких службова особа пояснює, що знайшла їх на дорозі.

В іншому разі кваліфікація за вказаною сукупністю означатиме порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК) та суперечитиме основній ідеї виокремлення досліджуваної кримінально-правової заборони. Вважаю, що сприйняття пропонованого варіанту тлумачення кримінального закону дозволяє спростувати висловлювання В.М. Трепака про те, що «відповідальність за незаконне збагачення є додатковою (фактично – повторною) відповідальністю за діяння, яке стало джерелом такого збагачення» [4].

Ст. 368-2 КК сформульована таким чином, що предикатним стосовно незаконного збагачення може виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Наприклад, це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), віднесене до числа корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК), а і будь-який інший корисливий злочин проти власності, злочин у сфері господарської діяльності (скажімо, зайняття гральним бізнесом, контрабанда) тощо.

Більше того: використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. Порівняно зі мною М.І. Хавронюк тлумачить диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК ще ширше, стверджуючи, що способом незаконного збагачення може бути і не злочин, а цивільно-правовий делікт, господарське чи податкове правопорушення і навіть зловживання власним правом чи інше діяння, яке не є правопорушенням [31]. І це при тому, що «половина працюючого населення мала і має на сьогодні неофіційні доходи (у державі, де частка тіньової економіки перевищує 50%, інакше апіорі бути не може)» [4].

В аспекті з'ясування кола діянь, предикатних щодо незаконного збагачення, викликають інтерес дані, наведені О.І. Гузоватим за результатами опитування правоохоронців: 20 % із числа респондентів вказали, що незаконне збагачення є наслідком вчинення лише корупційних діянь (адміністративних правопорушень та злочинів); 21 % – що незаконне збагачення є наслідком вчинення тільки корупційних злочинів; 13 % – що незаконне збагачення є наслідком вчинення інших злочинів, крім корупційних; 46 % – що незаконне збагачення може бути наслідком як інших суспільно небезпечних діянь, так і корупційних злочинів [6, с. 19]. Як бачимо, правоохоронці, на відміну від М.І. Хавронюка, не схильні до включення в число предикатних тих діянь, які не є правопорушеннями. Водночас спектр думок практиків підтверджує недотримання принципу правової визначності при конструюванні чинної редакції ст. 368-2 КК

Отже, результати її тлумачення (не телеологічного, а граматичного і системного) не дозволяють повністю погодитись з О.П. Денегією, який характеризує незаконне збагачення як корупційний злочин; останній пропонується вбачати за відсутності підстав для кваліфікації діянь, описаних у ст. 368-2 КК, за ознаками інших корупційних злочинів [40, с. 78, 111–112]. Думаю, що згаданий автор видає бажане за дійсне. Натомість має рацію Д.Г. Михайленко, який не виключає застосування ст. 368-2 КК у випадку збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, внаслідок вчинення не корупційного, але корисливого злочину при тому, що кримінально-правова норма про незаконне збагачення призначена для боротьби з корупцією [22, с. 101].

Підставою для застосування первісної редакції ст. 368-2 КК М.В. Кочеров вважав, зокрема, ті випадки, коли службова особа порушує обмеження щодо суміщення та сумісництва з іншими видами діяльності [5, с. 11, 15]. Заперечуючи правильність такої думки, Н.М. Ярмиш писала, що отримані в цьому разі гроші є заробленими, втілюють людську працю, а тому не можуть вважатися неправомірною вигодою. «Неправомірним є факт суміщення, а не одержання вигоди» [43, с. 175].

На сьогодні ситуація з кримінально-правовою оцінкою такої поведінки є іншою. Якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула у власність грошові кошти чи інше майно у значному розмірі внаслідок порушення встановлених законодавством обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, то це не виключає кваліфікацію дій такої особи за чинною редакцією ст. 368-2 КК. Адже підстави набуття у власність активів у вигляді плати (винагороди) за певну діяльність, які мають місце в цій ситуації, навряд чи можуть розглядатись як законні (що і має бути підтверджено доказами).

Очевидно, такий саме висновок буде доречним і стосовно, наприклад, такого правопорушення, як приховання від оподаткування договору оренди житла, але причому тут боротьба з корупцією? Я розумію, що ймовірність подібних ситуацій у контексті інкримінування ст. 368-2 КК є (повинна бути) мінімальною з урахуванням законодавчого визначення суб'єкта незаконного збагачення, але уточнювати описання предмета досліджуваного злочину все ж потрібно. Перекоаний у тому, що поширення дії оновленої в 2015 р. ст. 368-2 КК на активи, отримані з порушенням норм інших (крім КК) галузей законодавства, не обумовлене суспільною небезпекою вчиненого, означає соціально необґрунтоване (або щонайменше не до кінця продумане) розширення меж кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за рахунок охоплення кримінально-правовою репресією дій, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством. De lege lata я надав правозастосувачу таку рекомендацію: якщо активи в значному розмірі набуто особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність незаконним, проте не злочинним шляхом, то кримінально-правова оцінка вчиненого може даватись з використанням ч. 2 ст. 11 КК (норма про малозначність) [3, с. 264]. Проте, чи буде така рекомендація прийнята на практиці?

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 368-2 КК, характеризується вчиненням таких діянь: 1) набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у власність; 2) передача цією особою активів будь-якій іншій особі.

Набуття активів у власність означає вчинення в минулому діяння, за допомогою якого особа дістала можливість володіти, користуватись і розпоряджатись певними активами. Відповідно до ст. 328 ЦК право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, в тому числі з правочинів. У цивілістиці існують різні класифікації підстав набуття права власності. Зокрема, ці підстави поділяються на первісні (новостворене майно, переробка речі, привласнення загальнодоступних дарів природи, знахідка, скарб, набувальна давність тощо) і похідні (правочини, спадкування).

З погляду застосування ст. 368-2 КК набуття може бути як одноразовим, так і отримувати вигляд сумарного накопичення активів (у цьому разі є підстави говорити про вчинення продовжуваного злочину). Термін «набувати» означає ставати власником кого-, чого-небудь, діставати, здобувати кого-, що-небудь тощо [44, с. 702] і не виключає подальших видозмін набутих активів. Тому складно погодитись з висловленою в літературі думкою про відсутність кримінально караного набуття активів, якщо належний суб'єкт один вид активів переводить в інший (наприклад, купує за набуті кошти інше майно), і про зумовлену цією обставиною перевагу терміну «одержання» [35, с. 114–115].

Разом з тим зверну увагу на те, що використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «набуття особою... у власність активів...» унеможлиблює інкримінування цієї кримінально-правової норми у випадках, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не накопичила (збільшила) свої статки, а незаконно позбавилась майнових витрат (наприклад, вона чи близька їй особа безоплатно або за «символічною» ціною отримала різноманітні послуги – медичні, освітні, туристичні, розважальні, юридичні, ремонтні, транспортні тощо). А.В. Савченко та В.І. Осадчий також виключають застосування ст. 368-2 КК у випадку, якщо особа збагачується за рахунок чогось іншого, а не грошових коштів, іншого майна або доходів від майна, наприклад, за рахунок послуг [41, с. 130; 42, с. 64]. Водночас треба мати на увазі, що якщо законність підстав набуття у власність коштів, за допомогою яких особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, сплачено послуги, не підтверджено доказами, то вчинене може розглядатись як незаконне збагачення.

Цікаво, що формулювання «одержання ... неправомірної вигоди...», використане в первісній редакції ст. 368-2 КК, дозволяло охоплювати згадану неправомірну поведінку належного суб'єкта, що наводить на думку про доречність використання такого (подібного) формулювання у вдосконаленій ст. 368-2 КК. Крім іншого, це дозволило б усунути ґрунт для продемонстрованої вище дискусії, пов'язаної з позначенням предмета незаконного збагачення як активів, законність походження яких не підтверджується доказами.

Подібним чином розмірковує Д.Г. Михайленко, на погляд якого розкішний спосіб життя публічної службової особи, який не пов'язаний з приростом її майна, проте виражається в отриманні нею (на свою користь або користь близьких) послуг, переваг, пільг, інших вигод, за які особа не сплачує коштів або сплачує явно нееквівалентну ціну, не може бути підставою для застосування норми КК про відповідальність за незаконне збагачення. У зв'язку з цим дослідник пропонує використати в ст. 368-2 КК (за прикладом інших норм КК про корупційні злочини) термін «неправомірна вигода», що дозволить поширити дію аналізованої кримінально-правової заборони на випадки отримання чи користування відповідним суб'єктом будь-якими майновими благами [45, с. 263–264].

О.І. Гузоватим висловлено думку про те, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть користуватися активами або фактично володіти ними, посилаючись на те, що ці активи належать на праві власності подружжю чи близьким родичам. Це унеможлиблює застосування норми КК про незаконне збагачення в чинній її редакції як універсального кримінально-правовою засобу в протидії корупції. Для вирішення проблеми пропонується криміналізувати як форму прояву незаконного збагачення «набуття цих активів у володіння чи користування у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» [6, с. 108, 117, 186].

Вище вже вказувалось на невдаість формулювання «набуття активів ... законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», однак мова зараз йде про інше. При застосуванні ст. 368-2 КК слід враховувати, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності (ч. 1 ст. 60 СК). Звідси випливає, що предметом незаконного збагачення має визнаватись і те майно, яке перебуває в спільній сумісній власності подружжя, в тому числі у випадку, якщо право власності на майно зареєстровано за чоловіком або дружиною особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Водночас з урахуванням ч. 2 ст. 97 СК на підставі шлюбного договору майно, набуте подружжям за час шлюбу, може вважатись таким, що належить на праві особистої приватної власності одному з подружжя. Відповідно, в такій ситуації відсутнє передбачене ч. 1 ст. 368-2 КК набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у власність (а отже, в цій частині О.І. Гузоватий має рацію), проте, на мою думку, можуть вбачатись ознаки такого альтернативного кримінально караного діяння, як передача належним суб'єктом активів іншій особі, якою виступає один із подружжя (сказане стосується і випадків передачі активів іншим особам, включаючи близьких родичів). Так що вести мову про прогалину в кримінальному законі і в цьому разі, вочевидь, не доводиться.

Взагалі з погляду кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК не має значення, кому на праві власності належать активи, законність набуття яких є сумнівною і не підтверджується доказами; важливим є інше – те, що саме незаконна поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стала джерелом незаконного збагачення цієї особи або її оточення. Для того ж, щоб усунути сумніви, пов'язані з інкримінуванням ст. 368-2 КК у випадках належності активів на праві власності іншим особам, треба не загромождувати текст цієї кримінально-правової заборони вказівкою на набуття активів не лише у власність, а і у володіння чи користування, а рухатись у протилежному напрямі, спрощуючи редакцію ст. 368-2 КК. Вказівка в ній на набуття активів у власність, не відображаючи суть кримінально караного збагачення і здатна певною мірою заплутати правозастосувача, з погляду цивілістики видається некоректною, а тому має розглядатись як умовна, а *de lege ferenda* – підлягає виключенню. Адже з урахуванням ст. 328 ЦК, згідно з якою право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно.

Продовжуючи аналіз чинної редакції ст. 368-2 КК, зауважу, що законодавче виділення такої форми об'єктивної сторони незаконного збагачення, як передача активів іншій особі, суперечить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та є сумнівним. Адже якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула у власність певні активи, то злочин є закінченим, і вже не має значення, як вона розпорядилася цими активами – залишила їх собі чи передала іншим особам. Тим більше, що за змістом ст. 368-2 КК передача активів іншій особі як форма об'єктивної сторони може бути інкримінована особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, лише з одночасним інкримінуванням їй набуття відповідних активів. Виокремлення передачі активів іншим особам, вочевидь, не було б позбавлене сенсу, якби суб'єктом такої передачі визнався не набувач, а надавач активів.

Передбачена ст. 368-2 КК передача активів іншій особі може мати на меті приховати від державних органів або громадськості факт незаконного набуття активів особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тому за наявності підстав така дія потребує додаткової кваліфікації за ст. 209 КК як відмивання «брудних» доходів. Хоч я і не погоджуюсь з пропонуванням В.М. Бурлаковим ототожненням незаконного збагачення і відмивання і, відповідно, з тим, що теоретичну модель кримінально-правової норми про незаконне збагачення доцільно конструювати, використовуючи як прототип кримінально-правову норму про відмивання [27, с. 16], вважаю, що згаданий автор має рацію, коли пише, що незаконне збагачення може здійснюватись шляхом надання правомірного вигляду володінню, користуванню або розпорядженню майном, вартість якого перевищує законні доходи, з використанням цивільно-правових інструментів (найчастіше правочинів).

Ст. 368-2 КК сформульована таким чином, що карана за нею передача активів має місце лише в тому разі, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після одержання нею активів передає їх іншим особам (вчиняючи правочин або надаючи майно для його вчинення). На те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні пройти «через руки» суб'єкта злочину, вказує використання звороту «передача нею...». Відповідно, передачі предмета незаконного збагачення не вбачається у випадках, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (тобто за проханням чи згодою уповноваженої особи здійснюється своєрідне переадресування активів); 2) особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, була проінформована про надання активів іншій особі і не вжила заходів до їх повернення надавачу.

Наведена вище наукова позиція, яка ґрунтується не тільки на семантичному значенні слова «передавати», а і на презумпції невинуватості [5, с. 11; 6, с. 114, 115; 41, с. 131] та у правильності якої я переконаний і сьогодні, була викладена мною у первісно написаному коментарі до ст. 368-2 КК, однак зазнала змін у процесі редагування відповідної колективної праці. Як її редактор М.І. Хавронюк наполіг на тому, що більш прийнятним для потреб боротьби з корупційною злочинністю є інше (поширювальне) тлумачення кримінального закону: «Використання законодавчого звороту «передача нею...» вказує на те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні, хоча не обов'язково фізично, пройти «через руки» суб'єкта злочину. Іншими словами, суб'єкт повинен усвідомлювати той факт, що активи з його відома чи згоди передано іншій особі. Відповідно, передача предмета незаконного збагачення матиме місце, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома (прохання чи згоди) особи-функціонера (своєрідне «переадресування активів»); 2) особа-функціонер поінформована про надання активів іншій особі й не вжила заходів до їх повернення надавачу» [3, с. 265].

Раніше подібну точку зору висловив В.І. Тютюгін. Так, коментуючи первісну редакцію ст. 368-2 КК, дослідник писав, що під передачею неправомірної вигоди іншій особі слід розуміти не тільки ситуації, коли таку вигоду спочатку одержує службова особа особисто і лише потім передає іншій особі, а й випадки, коли вона безпосередньо їх не одержує, а одразу ж надає іншій особі, тобто наділяє її такою вигодою. Таке тлумачення закону засноване на тому, що деякі різновиди неправомірної вигоди (наприклад, пільги з оплати житлово-комунальних послуг, право безоплатного проїзду в транспорті) не можна спочатку отримати особисто, а потім передати іншим особам [46, с. 824].

Д.Г. Михайленко з цього приводу слушно зауважує, що така форма об'єктивної сторони незаконного збагачення, як передача уповноваженою особою активів іншим особам, означає вчинення дії саме спеціальним суб'єктом (а не іншою особою) щодо вилучення активів зі своїх фондів з наступною передачею іншим особам. Так, певні послуги не можна отримати, а потім передати іншим особам, однак це не означає, що КК закріплює відповідні діяння як злочинні, а застосування КК за аналогією заборонено. До того ж отримання послуг майнового характеру навіть за значної їхньої вартості не може утворювати склад злочину «незаконне збагачення», оскільки в ст. 368-2 КК не сьогодні говориться про передачу активів, а послуги активами не визнаються [45, с. 261–263].

Вважаю, що позначену проблему треба вирішувати шляхом вдосконалення КК, а не його поширювального (навіть з благородною метою) тлумачення. Для охоплення складом злочину «незаконне збагачення» випадків,

коли активи на підставі відповідної домовленості надаються іншій особі, оминаючи того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, поліпшена ст. 368-2 КК могла б містити безпосередню вказівку на одержання активів (варіант – неправомірної вигоди) іншою особою з відома (згоди) особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (суб'єктом незаконного збагачення і в цьому разі визнавалася б тільки уповноважена особа).

Співзвучними викладеним є міркування Д.Г. Михайленка. Науковець виступає за запровадження (в межах норми КК про незаконне збагачення) відповідальності публічного службовця за суттєве збільшення майнових активів та інших благ членами його сім'ї, яке не відповідає їхнім легальним доходам і доходам службовця та не може бути раціонально обґрунтоване службовцем або членами його сім'ї, а також за подібне збільшення активів іншими особами, якщо службовець зберігає контроль за цими активами. Таких членів сім'ї та інших осіб пропонується визнавати пособниками незаконного збагачення, виконавцем якого і надалі вважатиметься публічний службовець (уповноважена особа). Одна з вад чинної редакції ст. 368-2 КК вбачається у виключенні з кола суб'єктів, значне необґрунтоване збільшення активів яких утворюватиме склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця [22, с. 100; 45, с. 263–264, 270, 274–275].

На сьогодні особа, якій той, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передав активи, суб'єктом незаконного збагачення не визнається незалежно від того, чи знала така особа про характер (походження) переданих їй активів. Адже про одержання (прийняття) активів вказаною особою в чинній редакції ст. 368-2 КК не говориться. Якщо ця особа заздалегідь пообіцяла тому, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, одержати (прийняти) активи від неї, та одержала їх, то її дії не можуть кваліфікуватись за ст. 198 КК, оскільки вказана домовленість виключає кримінально-правову оцінку вчиненого як причетності до злочину. К.П. Задоя слушно зазначає, що аналізовані дії не можуть кваліфікуватись і за ч. 5 ст. 27, ст. 368-2 КК як пособництво (а саме як заздалегідь обіцяне придбання предметів, здобутих злочинним шляхом) незаконному збагаченню, оскільки передача активів фізично неможлива без зустрічної дії – одержання (прийняття) активів [47, с. 59–60]. Тому не можна погодитись з пропонованою М.В. Кочеровим (стосовно первісної редакції ст. 368-2 КК) оцінкою як пособництва незаконному збагаченню службової особи дій її близьких родичів, яким передається неправомірною вигодою, навіть якщо вони заздалегідь погоджувались на таку передачу, переслідуючи мету приховування одержання неправомірної вигоди службовою особою [5, с. 13].

У відгуку офіційного опонента на дисертацію О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)» В.А. Мисливий зауважує, що чинна редакція ст. 368-2 КК створює перешкоди для ухилення від відповідальності тих осіб, які без законних на те підстав збільшують активи інших осіб з відома службової особи. У зв'язку з цим ставиться питання про доцільність уточнення ст. 368-2 КК з тим, щоб визнавати злочином також передачу активів будь-якій іншій особі (варіант – третій особі), здійснювану іншою особою за згодою того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Однак за такого варіанту вдосконалення КК диспозицією її ст. 368-2 не охоплюватиметься поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка дала згоду на передачу активів іншим особам та яка за логікою речей і повинна визнаватись суб'єктом незаконного збагачення. Натомість таким суб'єктом чомусь буде виступати той, хто сам незаконно не збагачується, а шляхом передачі активів лише сприяє незаконному збагаченню особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (а точніше оточення такої особи).

Суб'єкт незаконного збагачення є спеціальним. Особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, згідно з ч. 1 примітки ст. 368-2 КК визнаються особи, зазначені в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції». Такий підхід узгоджується зі ст. 2 Конвенції ООН проти корупції, яка визначає поняття державної посадової особи, вказівка на яку міститься в ст. 20 «Незаконне збагачення» цієї Конвенції.

Відповідно, поняттям «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не охоплюються ті, хто з погляду антикорупційного законодавства прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» це – посадові особи юридичних осіб публічного права, особи, які надають публічні послуги, представники громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації, які входять до складу конкурсних комісій, утворених відповідно до Закону «Про державну службу». Частково такі «прирівняні» особи згідно з ч. 1 примітки ст. 364 КК, в якій згадується і ст. 368-2 КК, визнаються «публічними» службовими особами, коло яких є ширшим за коло осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Показану неузгодженість у законодавчих визначеннях суб'єктів службових злочинів можна усунути так, як це пропонує В.І. Осадчий [42, с. 36], виключивши з ч. 1 примітки ст. 364 КК вказівку на ст. 368-2 КК (остання містить визначення «свого» суб'єкта злочину).

У висновку Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», відзначається, що текст ст. 368-2 КК є непослідовним у частині використання терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», який у частинах 2 і 3 цієї статті вже не використовується. У зв'язку з цим заслуговує на підтримку пропозиція термін «службова особа» в ч. 2 і ч. 3 ст. 368-2 КК замінити терміном «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» [40, с.152].

На відміну від В.А. Мисливого, який підтримав пропозицію О.І. Гузоватого криміналізувати незаконне збагачення службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми та особи, яка надає публічні послуги [6, с. 182, 187, 199], вважаю, що відображений у чинній редакції ст. 368-2 КК підхід із питання про коло осіб, спроможних нести відповідальність за незаконне збагачення, є виваженим і перегляду не потребує. Згадана пропозиція О.І. Гузоватого не лише суперечить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (для чого в черговий раз виконувати міжнародно-правові рекомендації «з запасом?»), а і не знайшла в його кваліфікаційній роботі належного обґрунтування з використанням вироблених доктриною принципів криміналізації.

Зі ст. 368-2 КК випливає, що особа може бути притягнута до відповідальності цією статтею КК, якщо буде доведено, що відповідні активи набулі в період наявності в неї ознак спеціального суб'єкта [40, с. 136]. З метою усунення прогалини в кримінально-правовій охороні суспільних відносин О.І. Гузоватий пропонує криміналізувати діяння, передбачені ст. 368-2 КК, вчинені особами протягом року після звільнення або іншого припинення їхньої діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування [6, с. 132, 186].

У відгуку М.К. Гнетнева на автореферат дисертації О.І. Гузоватого з приводу цієї пропозиції зазначається, що суспільна небезпека незаконного збагачення обґрунтовується, скоріш за все, не календарними термінами набуття непідтверджених доказами активів, а тим, що вони набуваються особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тому краще прив'язку робити не до строків, а до причини набуття активів – виконання особою, нехай і в минулому (навіть віддаленому), вказаних функцій.

Далі. «... якщо особа після припинення функцій держави або місцевого самоврядування набула активи у власність або веде явно розкішний спосіб життя, який є суттєво вищий, ніж його теперішні доходи, виникає підозра, що набуті активи були отримані у період службової діяльності особи, якщо нею не доведено протилежне» [48, с. 194] (уточню, що доводити протилежне зобов'язаний орган обвинувачення). Чиновник може брати учасником корупційних відносин, накопичувати і зберігати кримінальний капітал із метою його подальшої трансформації в конкретні види рухомого і нерухомого майна, але вже після складання повноважень службової особи [29, с. 808]. Інакше кажучи, якщо особа, яка вже не виконує функції держави або місцевого самоврядування, набуває активи в той чи інший оплатний спосіб, то це означає наявність у неї коштів або іншого майна, які могли бути здобуті тоді, коли особа мала статус спеціального суб'єкта злочину, а отже, перешкод для кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК немає (за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину). Разом з тим, можливо, і варто в уточненій ст. 368-2 КК наголосити на тому, що певні активи набуваються (одержуються) особою у зв'язку з виконанням нею функцій держави або місцевого самоврядування.

Суб'єктивна сторона незаконного збагачення характеризується прямим умислом. При цьому винна особа має усвідомлювати незаконність набуття активів, а не те, що законність підстав набуття активів не підтверджується доказами. Адже віднесення фактичних даних до доказів є прерогативою органу обвинувачення, а не суб'єкта злочину.

На відміну від ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, український законодавець у ст. 368-2 КК не конкретизував форму вини, і це є вадою кримінального закону. До речі, така ж вада притаманна визначенням незаконного збагачення, закріпленим у КК Литви [32, с. 134] і КК Молдови [49, с. 304]. З урахуванням такої законодавчої невизначеності, вочевидь, не виключається вчинення незаконного збагачення зі злочинною самовпевненістю. Наприклад, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, доручила підлеглому одержану нею як подарунок цінну річ оформити відповідно до встановленого порядку, однак не переконалась у тому, що це було зроблено.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, не дивлячись на активне доктринальне опрацювання питань кримінально-правової характеристики незаконного збагачення і висунення різноманітних пропозицій *de lege ferenda*, проблему визначення оптимальної теоретичної моделі складу цього злочину поки що немає підстав вважати вирішеною. Зумовлено це відносною новизною і, головне, надзвичайною складністю відповідної кримінально-правової матерії. Разом з тим очевидно, що ст. 368-2 КК потребує вдосконалення щонайменше в такій частині: а) корупційна спрямованість передбаченого нею злочину не повинна викликати сумнівів (на сьогодні на цю спрямованість вказує хіба що позначення суб'єкта незаконного збагачення); б) предмет корупційного збагачення не слід визначати в контексті кримінально-процесуального доказування (останнє відбувається вже після фактич-

ного збагачення відповідного суб'єкта і не повинне визнаватись характеристикою складу злочину; немає підстав ототожнювати активи злочинного, у тому числі корупційного походження, з активами, щодо законності підстав набуття яких відсутні докази, належні і допустимі з погляду КПК); в) вказівка на набуття активів у власність потребує адекватної заміни (при цьому не варто захоплюватись цивілістичними зворотами); г) ст. 368-2 КК має закріплювати умисний характер корупційного збагачення і містити альтернативну вказівку на збагачення іншої особи, яке відбувається зі згоди особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; г) позначення суб'єкта корупційного збагачення у всіх частинах ст. 368-2 КК має бути уніфікованим.

По-друге, основна проблема протидії корупції лежить не в законодавчій, а в правозастосовній площині, полягає не у відсутності підстав для кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, що становлять собою злочинну корупцію, а в незастосуванні, неправильному або вибіркового застосуванні положень кримінального закону. Чинна редакція кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, за всієї її недосконалості, – радикальний захід, спрямований на скорочення масштабів корупційної поведінки, правова реальність, яка передбачає трудомістке доказування та яка водночас містить безпеку вибіркового правосуддя. Залишається сподіватись на те, що гіркі ліки допоможуть і що виважене (без ухилів) застосування цієї заборони не матиме нічого спільного з «полюванням на відьом» із політичним підтекстом і в решті-решт сприятиме зниженню рівня корумпованості українського суспільства. Науковці ж готові в цивілізованих формах допомагати практикам розбиратись у нюансах антикорупційного законодавства.

1. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : [навч. посібник] / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
2. Дудоров О. Незаконне збагачення : сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 28–34.
3. Настільна книга детектива, прокурора, судді : [коментар антикорупційного законодавства] / за ред. М. І. Хавронюка. – К. : ВД «Дакор», 2016. – 496 с.
4. Трепак В. Незаконне збагачення : кого і за що каратимуть // Дзеркало тижня. – 25 листопада 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua/internal/nezakonno-zbagachennya-kogo-i-za-scho-karatimut_.html.
5. Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / М. В. Кочеров. – К., 2013. – 20 с.
6. Гузоватий О. І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О. І. Гузоватий. – Дніпро, 2016. – 273 с.
7. Гарбазей Д. О. Незаконне збагачення : міжнародно-правовий аспект / Д. О. Гарбазей // Альманах міжнародного права. – 2014. – Вип. 4. – С. 84–94.
8. Богуш Г. И. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции / Г. И. Богуш // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2006. – № 3. – С. 22–34.
9. Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права : [учеб. пособие] / науч. ред. проф. Н. Ф. Кузнецова; отв. ред. проф. В. С. Комиссаров. – М. : Издат. Дом «Городец», 2009. – 288 с.
10. Михайлов В. Стаття 20 Конвенції ООН против коррупции об ответственности за незаконное обогащение и возможные направления отражения ее идеи в правовой системе Российской Федерации // Уголовное право. – 2012. – № 2. – С. 113–119.
11. Куц В. М. Деякі дискусійні аспекти кримінально-правового забезпечення протидії корупції в Україні / В. М. Куц // Право і держава : проблеми розвитку та взаємодії у ХХІ ст. : тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 29–30 січня 2016 р. / за заг. ред. Т. О. Коломоець. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 124–126.
12. Официальный отзыв Верховного Суда РФ на проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 26 мая 2011 г. N 2/общ-2521 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=90453>.
13. Борков В. Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России / В. Борков // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 27–31.
14. Адоевская О. О проблеме унификации международных, зарубежных и национальных норм о борьбе с коррупцией / О. Адоевская // Уголовное право. – 2013. – № 3. – С. 91–96.

15. Беляева Ю. Л. Имплементация ст. 20 Конвенции ООН против коррупции 2003 г. в российское уголовное законодательство / Ю. Л. Беляева // Московский журнал международного права. – 2015. – № 1. – С. 165–178.
16. Навроцький В. О. Кримінально-правові аспекти презумпції невинуватості / В. О. Навроцький // Протидія злочинності : теорія і практика : матеріали VII Всеукраїнської науково-практичної конференції (19 жовтня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – С. 47–50.
17. Сравнительное уголовное право. Особенная часть : [монография] ; под общ. и науч. ред. д.ю.н., проф., заслуженного деятеля науки РФ С. П. Щербы. – М. : Изд-во «Юрлитинформ», 2010. – 544 С.
18. Кубальський В. Н. Проблеми введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення / В. Н. Кубальський // Правова держава. – 2013. – Вип. 24. – С. 368–374.
19. Кліменко М. Р. Спеціальна конфіскація крізь призму міжнародної та національної кримінально-правової політики / М. Р. Кліменко, Є. В. Лашук // Вісник Верховного Суду України. – 2016. – № 8. – С. 36–43.
20. Газдай-Василишин І. Б. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення / І. Б. Газдай-Василишин // Митна справа. – 2012. – № 4. – Ч. 1. – Кн. 1. – С. 86–90.
21. Михайленко Д. Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні : соціальна обумовленість та тест на пропорційність // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія» : збірник наук. праць. Том XVII / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. М. В. Афанасьєва. – Одеса : Юрид. літ., 2015. – С. 356–400.
22. Михайленко Д. Г. Результат пошуку моделі норми про незаконне збагачення в Україні та його недоліки / Д. Г. Михайленко // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : збірник матеріалів IV Міжнародної науково-практичної конференції, 15 квітня 2016 р., м. Харків. – Х. : ХНУВС, 2016. – С. 99–103.
23. Навроцька В. В. Суд на Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права та процесу / В. В. Навроцька. – К. : Видавничий дім «АртЕк», 2016. – 224 с.
24. Політова А. С. Практика притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 368-2 Кримінального кодексу та шляхи її підвищення / А. С. Політова // Порівняльно-аналітичне право. – 2016. – № 4. – С. 202–204.
25. Трофименко Р. В. Шляхи удосконалення правового механізму протидії незаконному збагаченню / Р. В. Трофименко // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2013. – № 2 (30). – С. 186–195.
26. Савченко А. В. Вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України) / А. В. Савченко // Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинності : матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. 25 листопада 2016 р. – Одеса : ОДУВС, 2016. – С. 156–157.
27. Бурлаков В. Н. Криминализация незаконного обогащения : теоретическая модель состава преступления / В. Н. Бурлаков // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2015. – Т. 9. – № 1. – С. 12–19.
28. Михайленко Д. Г. Функції норми про незаконне збагачення в Україні / Д. Г. Михайленко // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 125–129.
29. Лобач Д. В. Проблемы имплементации международно-правовой нормы о незаконном обогащении в российское законодательство / Д. В. Лобач, Е. А. Смирнова // Всероссийский криминологический журнал. – 2016. – Т. 10. – № 4. – С. 801–811.
30. Абросимов Н. В. К вопросу о криминализации за незаконное обогащение в уголовном законодательстве Российской Федерации / Н. В. Абросимов // Вестник Нижегородской академии МВД РФ. – 2011. – № 16. – С. 234–236.
31. Хавронюк М. І. Рецензія на статтю Віктора Трепака «Незаконне збагачення : кого і за що каратимуть» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.org.ua/ua/news/20871749-retsenziya-na-stattyu-viktora-trepaka-nezakonne-zbagachennya-kogo-i-za-scho-karatimut>.
32. Абрамавічюс А. Кримінальна відповідальність юридичної особи: спеціальна конфіскація майна / А. Абрамавічюс // Матеріали IV Міжнародного судово-правового форуму «Судова реформа: стан та напрями розвитку», м. Київ, 17–18 березня 2016 р. – К. : Вид-во «Юридична практика», 2016. – С. 131–134.
33. Россия – Европа. Вместе против коррупции. Часть 1. – М. : ООО «Аванти : Издательство и типография», 2008. – 240 с.

34. Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии : достижения и вызовы : Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009–2012 гг. – 222 с.
35. Книженко О. О. Проблемні аспекти кримінальної відповідальності за незаконне збагачення / О. О. Книженко // Вісник Кримінологічної асоціації України № 2 (10) : збірник наукових праць / редкол. О. М. Бандурка (голов. ред.) та ін. – Х. : ХНУВС, 2015. – С. 112–118.
36. Nelly Gacheri Kamunde. The crime of illicit enrichment under international anti-corruption legal regime/non-peer Reviewed Articles // KLR Journal [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kenyalaw.org/kl/index.php?id=1891>.
37. Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України : визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення» / В. М. Киричко // Проблеми законності. – 2016. – Вип. 133. – С. 142–151.
38. Мельник Н. Предлагаются : революция и реквизиция / Н. Мельник // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1996. – № 10. – С. 25–26.
39. Бондаренко О. С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О. С. Бондаренко. – К., 2016. – 272 с.
40. Денег О. П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О. П. Денег. – К., 2015. – 194 с.
41. Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : [навч. посіб.] / А. В. Савченко. – К. : Центр учбової літератури, 2016. – 168 с.
42. Осадчий В. І. Корупційні злочини : [монографія] / В. І. Осадчий. – К. : Вид-во Європейського університету, 2016. – 82 с.
43. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : [навч. посіб.] / Н. М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
44. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1258 с.
45. Михайленко Д. Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних із суб'єктом владних повноважень / Д. Г. Михайленко // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XVI / голов. ред. М. В. Афанасьєва. – Одеса : Юрид. л-ра, 2015. – С. 259–277.
46. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.
47. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К. П. Задоя. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.
48. Ясін І. М. Обстановка як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 368-2 Кримінального кодексу України / І. М. Ясін // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : збірник матеріалів IV Міжнародної науково-практичної конференції, 15 квітня 2016 р., м. Харків. – Х. : ХНУВС, 2016. – С. 193–195.
49. Струля М. И. Вопросы применения расширенной конфискации при незаконном обогащении по уголовному законодательству Республика Молдова / М. И. Струля // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2. – С. 300–304.

СУБ'ЄКТ «ПАСИВНОГО» ПІДКУПУ СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ¹

Україна перебуває на відповідальному етапі формування незалежної правової держави з високорозвиненою економікою. Перехід України до ринкових відносин породив нові види злочинності, однак однією з найгостріших проблем залишається корупція в різних своїх проявах і сферах. Прагнення нашої країни наблизитись до міжнародних стандартів щодо боротьби з корупцією призвело до того, що в Україні, починаючи з 2009 р., започатковуються істотно нові підходи до законодавчого забезпечення протидії кримінально караним проявам корупції та службовим правопорушенням. Мається на увазі заснована на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу) і досвіді країн із розвинутою ринковою економікою різниця в засадах, на яких ґрунтується кримінальна відповідальність за службові правопорушення, вчинювані в публічній і приватній сферах. Виникнення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за такі правопорушення стало реакцією на роздержавлення економіки і виникнення багатоманітності форм власності.

Одним із проявів вказаної диференціації стала поява в Кримінальному кодексі України (далі – КК) ст. 368-3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Ця новела наближає Україну до стандартів європейського законодавства, сприяє розвитку ринкових відносин. Рекомендація криміналізувати підкуп у приватному секторі міститься в ст. 21 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р., яка була ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 р. і набрала чинності для нашої держави 1 січня 2010 р. На сьогодні цей документ вважається найбільш змістовним міжнародним актом, спрямованим на попередження та боротьбу з корупцією. Разом з тим постає запитання, чи є оптимальним реалізований варіант удосконалення вітчизняного кримінального законодавства, покликано забезпечувати протидію корупції в приватній сфері.

Так, оцінивши у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Я.В. Ризак (одного з авторів статті) «Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права» законодавчий поділ корупційної сфери на два сектори – державний (публічний) та приватний як не зовсім вдалий та особливо результативний, М.І. Мельник фактично визнає доцільність такого поділу, коли пише, що в приватній сфері антикорупційні заходи не можуть бути «драконівськими» і повинні відрізнятися від тих заходів, які застосовуються в державній сфері. Загалом вважаємо соціально справедливим те, що злочинність і караність службових зловживань залежать у теперішній час не тільки від розміру одержаної неправомірної вигоди, як це було раніше, а і від того, в якій сфері такі зловживання мають місце.

Підхід законодавця, який при встановленні кримінальної відповідальності службових осіб юридичних осіб приватного права пішов шляхом «прив'язування» об'єктивних ознак найбільш розповсюджених службових злочинів до ознак певного спеціального суб'єкта, А.С. Нерсисян називає сумнівним на тій підставі, що природа повноважень і можливостей службовця юридичної особи приватного права є відмінною від аналогічних повноважень особи, що перебуває на публічній (державній чи муніципальній) службі. Поділяючи положення про відмінність у концептуальних підходах, на яких має ґрунтуватися кримінальна відповідальність за службові злочини в публічній і приватній сферах, вимушений констатувати, що точка зору А.С. Нерсисяна виглядає незавершеною і навряд чи конструктивною, оскільки залишає без відповіді питання, якою має бути роль кримінального закону в протидії службовим правопорушенням у приватній сфері та який вигляд повинні мати відповідні кримінально-правові норми (інакше кажучи, наскільки схожими вони мають бути з нормами про кримінальну відповідальність за «традиційні» службові злочини).

Вагомий внесок у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за вчинення службових злочинів зробили такі вітчизняні науковці, як П.П. Андрушко, Л.П. Брич, В.М. Бурдін, Д.М. Горбачов, О.М. Грудзур, З.А. Загинець, К.П. Задоя, Г.М. Зеленов, О.О. Кваша, В.М. Киричко, М.Й. Коржанський, Д.І. Крупко, Р.Л. Максимович, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, А.В. Савченко, О.Я. Светлов, Т.І. Слуцька, А.А. Стрижевська, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, П.С. Яні, Н.М. Ярмиш та ін.

Ст. 368-3 КК, як відомо, містить описання двох тісно пов'язаних між собою основних і відповідних їм кваліфікованих складів злочину. Їх суб'єктами виступають різні особи: загальний суб'єкт, яким вчиняються діяння, передбачені ч. 1 та 2 ст. 368-3 КК (так званий активний підкуп), і спеціальний суб'єкт, яким вчиняються діяння, передбачені ч. 3 та 4 ст. 368-3 КК (так званий пасивний підкуп). З огляду на те, що термін «підкуп» позначає дії особи, яка пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, і, вочевидь, не може позначати дії того, хто таку вигоду отримує (погоджується на відповідну пропозицію, обіцянку), використання цього терміну в назві ст. 368-3 КК можна вважати виправданим лише частково. Для того, щоб зняти можливі сумніви стосовно

¹ Стаття написана в співавторстві з Я.В. Ризак та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2015. – Вип. 3. – С. 81–98.

вдалості назви ст. 368-3 КК, варто уточнити її, виклавши, наприклад, в такій редакції «Підкуп службової особи у приватному секторі або одержання нею неправомірної вигоди».

Зважаючи на те, що поняття службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми як спеціального суб'єкта злочину є новим для кримінального законодавства України і водночас досить дискусійним, ґрунтовне вивчення цього поняття (мета публікації) є вкрай актуальним.

Передусім зазначимо, що в кримінальному праві поряд із загальним поняттям «суб'єкт злочину», ознаки якого знайшли своє відображення в ст. 18 КК (фізична особа, вік та осудність), існує поняття «спеціальний суб'єкт», яке наділене додатковими ознаками, що притаманні певній категорії осіб, які вчиняють суспільно небезпечні діяння. Одним зі спеціальних суб'єктів виступають службові особи, про яких також йде мова в ст. 18 КК. Доповнення цієї статті КК частинами 3 та 4, які містять визначення службових осіб, вітчизняні науковці розцінили по-різному. Наприклад, В.П. Коваленко написав, що «з огляду на законодавчу техніку та внутрішню гармонізацію – це крок уперед» [1, с. 190]. Натомість Л.П. Брич назвала (на нашу думку, справедливо) таке доповнення ст. 18 КК нелогічним і порушенням принципу системності закону, оскільки службова особа – один із кількох, відомих КК спеціальних суб'єктів злочину. Якщо і давати в ст. 18 КК поняття службової особи, то логічно було б дати в цій же статті поняття спеціальних суб'єктів і інших видів, наприклад, військовослужбовця [2, с. 215]. На підтвердження правильності цієї думки наведемо міркування Д.В. Бараненка, який, досліджуючи поняття спеціального суб'єкта, виділяє дві групи спеціальних суб'єктів за формою відображення ознак у кримінальному законі та за юридичним змістом ознак, а також виокремлює чотири групи ознак спеціальних суб'єктів (службове становища особи, положення особи у господарських відносинах, вчинення особою злочину раніше, виконання особою спеціальних функцій) [3, с. 8].

З огляду на сказане, вказівку лише на службових осіб як на вид спеціального суб'єкта злочину в Загальній частині КК варто визнати недоречною. Аналогічні зауваження висловлювалися Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України (далі – ВРУ) при аналізі законопроекту, пізніше ухваленого як Закон України «Про засади запобігання і протидію корупції в Україні». На думку парламентських експертів, унаслідок прийняття законопроекту в КК з'явиться два різних поняття службової особи. Згадані та інші зауваження фахівців не були враховані в чинних редакціях ст. 18 і ст. 364 КК, в яких для позначення різних понять використовується один і той самий термін – «службова особа», хоч, наприклад, підпункт «а» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» містить таке поняття, як «посадова особа юридичної особи приватного права».

Починаючи з моменту ухвалення Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон від 7 квітня 2011 р.), службових осіб як суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності є підстави поділяти на дві групи. По-перше, це службові особи публічного права або, інакше кажучи, публічного сектору (визначення таких осіб наведене в ч. 1 примітки до ст. 364 КК). По-друге, це службові особи юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Поняття цих осіб відсутнє в КК, у зв'язку з чим має формулюватись кримінально-правовою доктриною.

Д.М. Горбачов виокремлює три різновиди спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: 1) службові особи державних органів та органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств та прирівняних до них юридичних осіб; 2) службові особи юридичних осіб приватного права; 3) особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Стверджується також, що в межах розділу XVII Особливої частини КК можна виокремити три групи злочинів, які відрізняються за суб'єктом вчинення злочину та сферою діяльності, при здійсненні якої може бути вчинене відповідне посягання [4, с. 46 – 47, 111, 188].

Вважаємо, що ці висловлювання потребують уточнення. Так, ще одним різновидом спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності є підстави визнати тих службових осіб, визначення поняття яких закріплено в ч. 3 ст. 18 КК. Маються на увазі службові особи, які задіяні в управлінській сфері без поділу її на публічну і приватну складові та які можуть нести відповідальність за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 366, 367, 370 КК.

Так, постановою Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) скасовано ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а кримінальну справу щодо Г. направлено на новий судовий розгляд. ВСУ визнав неправильною перекваліфікацію з ч. 2 ст. 366 на ч. 1 ст. 358 КК дій Г., який, займаючи посаду директора товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ), підробив довідку про доходи із зазначенням у ній завідомо неправдивих відомостей про заробітну плату. При цьому ВСУ виходив з того, що в ч. 3 ст. 18 КК дається визначення поняття «службова особа», яке має загальний характер і стосується всіх статей Особливої частини КК, за винятком тих, для яких закон передбачає окреме визначення. Службова особа юридичної особи приватного права може бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 366 КК, оскільки підпадає під визначення службової особи, закріплене в ч. 3 ст. 18 КК [5, с. 77–81].

Ураховуючи визначення службової особи, наведені в ч. 3 ст. 18 КК, ч. 1 примітки ст. 364 КК і ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», та застосовуючи системне тлумачення кримінального закону, службовими особами юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми пропонуємо визнавати осіб, які займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на підприємствах, в установах чи організаціях, які не є державними чи комунальними або прирівняними до останніх (маємо на увазі абз. 2 ч. 1 примітки ст. 364 КК), а також осіб, які виконують організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням. Про те, що відповідне поняття варто визначати з урахуванням дефініцій, наведених у статей 18, 364 КК України, пише і К.П. Задоя: «...ті особи, які є службовими у розумінні ч. 3, 4 ст. 18 КК, але не є службовими в розумінні п. 1, 2 примітки до ст. 364, й є службовими особами, які працюють у приватній сфері – «службовими особами юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми» [6, с. 4].

Таким чином, службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми як спеціальний суб'єкт злочину характеризується двома групами ознак: 1) коло юридичних осіб, певні службовці яких можуть нести відповідальність на підставі, зокрема, ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК; 2) характер функцій, здійснюваних зазначеними службовцями.

Однак викладена позиція потребує розвитку. Адже застосування семантичного тлумачення кримінального закону дозволяє стверджувати, що вжите у тексті КК (включаючи його ст. 368-3) формулювання «службова особа юридичної особи приватного права» позначає лише тих осіб, які постійно або тимчасово займають посади у відповідних юридичних особах і не охоплює осіб, які в інтересах цих юридичних осіб виконують організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, не займаючи відповідних посад. При цьому на практиці не рідкістю є випадки, коли, наприклад, загальні збори учасників господарського товариства уповноважують одного з його учасників, який не перебуває в штаті цього товариства, укладати договори, підписувати фінансові документи, організовувати податковий облік тощо, тобто здійснювати функції, характерні для службової особи [7, с. 10]. Таким чином, можемо констатувати певну неузгодженість між загальним визначенням поняття службової особи (ч. 3 ст. 18 КК) і законодавчим зворотом «службова особа юридичної особи приватного права». З огляду на сказане, пропозиція деяких російських науковців перейменувати ст. 204 КК РФ із «Комерційний підкуп» на «Підкуп службової особи комерційної та іншої організації» [8, с. 108, 168] не може бути визнана вдалою.

В юридичній літературі вказується на помилковість віднесення арбітражного керуючого до категорії осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг [9, с. 10, 153–154, 176, 181]. На арбітражного керуючого на різних стадіях провадження у справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з точки зору кримінально-правового поняття службової особи визнаються організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими. До набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р., який змінив кримінально-правовий статус арбітражного керуючого, пануючою в юридичній літературі була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням. Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду. Не дивлячись на те, що арбітражний керуючий не обіймає на підприємстві посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і фактично є фізичною особою – підприємцем, діяльність якого підлягає ліцензуванню, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду. В цьому разі господарський суд вважався повноважним органом в розумінні роз'яснення, яке наводилось у п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

За таких обставин ідея виключити арбітражного керуючого з кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 365-2 і ст. 368-4 КК, і визнавати його суб'єктом злочинів, передбачених ст. 364, ст. 364-1, ст. 368 або ст. 368-3 КК (залежно від того, до яких юридичних осіб – публічного або приватного права – належить підприємство-боржник) загалом заслуговує на схвалення. Водночас хотіли б звернути увагу на те, що використаний у ст. 364-1 і ст. 368-3 КК зворот «службова особа юридичної особи приватного права», як вже зазначалось, не повною мірою узгоджується з визначенням поняття службової особи (ч. 3 ст. 18 КК). Сказане, на нашу думку, стосується й арбітражного керуючого, який згідно з чинним законодавством на певному етапі провадження у справі про банкрутство лише прирівнюється до службової особи підприємства-боржника.

Визначаючи коло осіб, спроможних нести відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК, слід розкрити і поняття юридичної особи приватного права. Аналізуючи попередні зміни до КК України, пов'язані з удосконаленням антикорупційного законодавства, В.І. Тютюгін слушно зазначав, що форма власності, на підставі якої створені і функціонують юридичні особи, відіграє значну роль у віднесенні їх до юридичних осіб або публічного, або приватного права. Проте в ст. 81 і ст. 87 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) при розмежуванні цих різновидів юридичних осіб наголос робиться не на форму власності, а на

порядок (спосіб) створення цих юридичних осіб. Як на ваду закону вказувалось на відсутність легального визначення поняття «службові особи юридичних осіб приватного права» та відсутність будь-яких посилань на цього суб'єкта в загальному визначенні поняття «службова особа», яке міститься в ч. 3 і ч. 4 ст. 18 КК [10].

Відповідно до ст. 81 ЦК юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Згідно зі ст. 87 ЦК юридичні особи приватного права створюються на підставі установчих документів, а також на підставі модельного статуту, затвердженого Кабінетом Міністрів України, що після його прийняття учасниками стає установчим документом. Своєю чергою, юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування. До юридичних осіб публічного права належать, наприклад, державні унітарні підприємства (державне комерційне підприємство та казенне підприємство) та комунальні унітарні підприємства. Як бачимо, поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного і приватного права проведений тільки за одним критерієм – порядком їх створення.

ЦК встановлює порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права, однак не визначає поняття організаційно-правових форм юридичних осіб. Виходячи, щоправда, з положень ст. 83 ЦК, можна стверджувати, що юридичні особи приватного права можуть існувати у формі товариства чи установи, а також в інших формах, встановлених законом. Зважаючи на те, що в цивілістиці питання про перелік і зміст організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права належить до числа дискусійних [11, с. 4–7, 10, 25, 26], навряд чи доречно вказувати на організаційно-правові форми юридичної особи приватного права в тексті ст. 368-3 КК, як, до речі, і в тексті ст. 364-1 КК «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Таке формулювання не виправдано загрожує кримінально-правові заборони, не допомагаючи жодним чином з'ясувати коло осіб, спроможних нести відповідальність за згаданими статтями КК. Тому пропонуємо виключити з назв і диспозицій статей 364-1 і 368-3 КК словосполучення «незалежно від організаційно-правової форми».

З ч. 1 примітки ст. 364 КК випливає, що до службових осіб юридичних осіб приватного права мають бути віднесені, зокрема, особи, котрі займають відповідні посади на підприємствах, у статутному фонді яких державна чи комунальна частка не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність таких підприємств. Виходить, що в КК законодавець суперечить положенням ЦК, визнаючи, так би мовити, додатковим критерієм поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного і публічного права форму власності, а саме частку держави чи територіальної громади у статутному фонді певної юридичної особи.

П.П. Андрушко критикує включене до КК положення про те, що до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких, відповідно, державна чи комунальна частка перевищує 50% або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства. Вчений пише, що зазначені юридичні особи є юридичними особами приватного права. Службові особи таких осіб повинні нести відповідальність за такі ж діяння, що і службові особи юридичних осіб публічного права, тільки за іншими нормами КК – ст. ст. 364-1, 368-3. Крім того, основною ідеєю законодавця щодо криміналізації діянь службових осіб є диференціація кримінальної відповідальності залежно від правового статусу службової особи та організаційно-правової форми юридичної особи, а зазначене положення нівелює принцип такої диференціації [12]. Для того, щоб забезпечити належну кримінально-правову охорону майна, Д.М. Горбачов ініціює перегляд абз. 2 ч. 1 примітки ст. 364 КК, пропонуючи викласти це законодавче положення в такій редакції: «Для цілей статей 364, 365, 368, 368-2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких є державна чи комунальна частка» [4, с. 9, 50–51, 191].

Однак кримінально-правові норми про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності покликані забезпечувати не охорону майна, а належне здійснення своєї діяльності службовими особами. Добре це чи погано, але законодавець у чинному КК прагне диференціювати кримінальну відповідальність за службові правопорушення в публічній і приватній сферах, і критиковане Д.М. Горбачовим положення про «прирівняні» юридичні особи – це, так би мовити, допоміжний важіль такої диференціації. З огляду на сказане, чинна редакція абз. 2 ч. 1 примітки ст. 364 КК виглядає більш виваженою (ми не говоримо – досконалою) порівняно з формулюванням цієї норми, яке висуває Д.М. Горбачов.

У висновку Головного юридичного управління Апарату ВРУ на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» вказано, що поняття «юридичні особи приватного права» поки що не піддано достатній конкретизації в теорії цивільного права, а його реальний обсяг практикою не визначений. Зокрема, проблемним є питання, до якої категорії юридичних осіб (публічного чи приватного права) має відноситись велика кількість господарських товариств, що виникли в результаті приватизації на основі відповідних розпорядчих актів органів державної влади, а тому постане проблема кваліфікації відповідних діянь, вчинених службовими особами цих товариств.

Виявляється також, що закріплений у ЦК поділ юридичних осіб на два види – публічного і приватного права – не має необхідної наукової аргументації. Так, визначаючи види юридичних осіб публічного права в Україні, Р.А. Майданик, крім загальноприйнятих, виділяє юридичних осіб приватного права з делегованими публічними функціями. Дослідник зазначає, що до таких юридичних осіб можуть бути віднесені юридичні особи приватного права, які виконують функції проведення експертиз, професійного нагляду (аудиторів, адвокатів, представників інших «вільних» професій), державної реєстрації (зокрема, прав на нерухомість) [13, с. 6]. С.О. Іванов пропонує критерієм класифікації юридичних осіб на приватні та публічні (замість способу створення) визнавати мету їх утворення (виконання або невиконання на постійній основі публічних завдань), у зв'язку з чим висловлюється за те, щоб доповнити ч. 2 ст. 81 ЦК вказівкою, зокрема, на таку мету, як виконання суспільних завдань (для юридичних осіб публічного права), і реалізація своїх власних інтересів або інтересів певної групи осіб (для юридичних осіб приватного права) [14, с. 106]. І.М. Кучеренко обґрунтувала положення про неможливість визнання статусу юридичних осіб публічного права за державними та комунальними підприємствами (крім тих, яким майно належить на праві оперативного управління), виходячи тільки з того, що вони засновані на державній і комунальній формі власності, оскільки такі підприємства не завжди виконують публічні функції [11, с. 9]. Викладене наводить на думку про невдалий закріпленого в ЦК розмежування юридичних осіб на публічні та приватні лише за способом їх створення.

Варто додати, що визнання державного комерційного підприємства суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 74 Господарського кодексу України) при тому, що за закріпленою в ЦК класифікацією юридичних осіб вказане підприємство належить до юридичних осіб публічного права, засвідчує, що виокремлення на рівні суб'єктів господарювання сфер публічного та приватного управління позбавлене однозначності. Видається, що у вдосконаленому визначенні поняття службової особи повинні фігурувати не будь-які державні підприємства, а лише казенні підприємства.

Постає питання, за якою нормою (ст. 368 або ст. 368-3 КК) має нести кримінальну відповідальність службова особа, котра одержала неправомірну вигоду (а так само прийняла відповідну пропозицію чи обіцянку), якщо ця особа виконує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції в юридичній особі приватного права, але отримала свої повноваження від державних органів. З погляду чинного законодавства дії такої службової особи повинні кваліфікуватись за ст. 368-3 КК. У плані ж визначення можливих шляхів удосконалення законодавства нагадаємо, що свого часу одним з авторів цих рядків висувалась пропозиція відносити до публічних службових осіб як суб'єктів службових злочинів, зокрема, осіб, на яких у встановленому законодавством порядку покладається виконання окремих державних або самоврядних функцій. Стверджувалось, що таким формулюванням можна було б охопити, наприклад, представників державних органів приватизації в органах управління акціонерних товариств, частка майна яких (невиіршальна) належить державі [15, с. 162].

Учасники господарських товариств, які не займають у цих товариствах посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, службовими особами юридичних осіб приватного права не визнаються. З цього приводу Б.В. Волженкін слушно заважає, що голосування з тих чи інших питань діяльності господарського товариства та інші подібні дії – це не служба. Тому учасники господарських товариств, які не входять до складу їх виконавчих органів, не можуть вчинити злочини проти інтересів служби [16, с. 252].

У зв'язку з віднесенням до службових осіб юридичних осіб приватного права і тих осіб, які виконують організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, розглянемо питання про визнання службовою особою юридичної особи приватного права фізичної особи, яка заснувала приватне підприємство (далі – ПП) і здійснює управління ним безпосередньо, а не через найманого керівника.

Л.П. Брич і В.О. Навроцький вважають, що зазначену особу не можна визнавати службовою навіть у разі, коли вона виконує функції керівника на цьому підприємстві, оскільки організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки повинні здійснюватися службовою особою щодо інших осіб або чужого майна [17, с. 69]. На нашу думку, фізична особа, яка заснувала ПП і здійснює управління ним безпосередньо, є службовою особою юридичної особи приватного права. Адже керівник – власник підприємства керує працівниками, які перебувають в його службовій підлеглості, а отже, виконує організаційно-розпорядчі функції, а майно підприємства відокремлене від майна його власника. Як зазначено в літературі, майно ПП є власністю такого підприємства, а не власністю його власника. Власник ПП, як і одноособовий засновник ТОВ (ст. 140 ЦК), які є одночасно їх керівниками (виконавчими органами), не є власником належного такому підприємству чи товариству майна, а отже, здійснюючи дії з управління чи розпорядження майном такого підприємства чи товариства, він виконує адміністративно-господарські обов'язки. Разом із тим, якщо ПП чи ТОВ, у якого один засновник, не має найманих працівників і господарська діяльність ним здійснюється безпосередньо його власником, який одночасно є його керівником (виконавчим органом), то в цій частині її діяльності така особа не виконує організаційно-розпорядчих обов'язків, а тому не повинна визнаватись службовою особою [18, с. 175].

Розвиваючи зазначену позицію, Г.Є. Болдарь зазначає, що керівник – засновник підприємства, яке діє на основі його приватної власності, може нести відповідальність за вчинення службових злочинів (за наявності всіх ознак їх складів) [19, с. 108–109], а В.Г. Хашев ставить питання, як бути у випадках, коли безгосподарність і заподіяння майнової шкоди, розтрата майна, закріпленого за підприємством, та інші наслідки діянь власника порушують правоохоронювані інтереси працівників цього підприємства, інших громадян, держави тощо [20, с. 108]. Відповідь на це запитання дає Р.Л. Максимович, який зазначає, що, оскільки майно ПП відокремлено від майна його власника, то останній може заподіяти матеріальну шкоду, не лише собі, а і підприємству. Отже, власника ПП слід визнавати службовою особою, якщо він виконує функції директора на цьому підприємстві, керуючи іншими працівниками, або управляє чи розпоряджається належним відповідному підприємству майном [21, с. 223].

На етапі опрацювання законопроектів, які передували ухваленню Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», в літературі висловлювалась думка про доцільність розширення меж кримінально-правової репресії за корупцію в приватному секторі шляхом охоплення нею (репресією) діянь працівників недержавних підприємств, які не є службовими особами. Мотивувалась необхідність цього кроку тим, що такі працівники можуть зраджувати інтереси підприємств, де вони працюють, одержуючи неправомірні вигоди як від конкурентів, так і від інших зацікавлених осіб [22, с. 446]. На користь наведеної пропозиції вказує ст. 21 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р., в якій рекомендується визнавати кримінально караним умисне вчинення під час економічної, фінансової або комерційної діяльності вимагання або прийняття будь-якої неправомірної переваги будь-якою особою, яка керує роботою організації приватного сектору або працює в будь-якій якості в такій організації, за порушення своїх обов'язків. Про доцільність поширення положень щодо відповідальності за активну та пасивну форми підкупу на осіб, які працюють у будь-якій якості у підприємствах, установах, організаціях приватного сектору, йшлося у пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон 13 травня 2014 р.).

Ту обставину, що ст. 368-3 КК як «адресата» передбаченого нею підкупу визначає лише службову особу юридичної особи приватного права і не згадує інших працівників, М.І. Бакай характеризує як прояв неповної відповідності нашого КК міжнародним антикорупційним конвенціям [23, с. 12]. Щоправда, у висновках своєї роботи дослідниця не зазначає, яким чином цю невідповідність варто усувати. Водночас це зробив П.П. Андрушко, запропонувавши включити до КК ст. 368-5 «Комерційний підкуп працівника юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» [24, с. 330]. Ознайомлення з текстом цієї статті показує, що вона, за винятком суб'єкта (суб'єкт «пасивного» підкупу позначався як працівник юридичної особи приватного права, який не є службовою особою), фактично дублювала відповідні положення ст. 368-3 КК, викладеної в редакції Закону від 7 квітня 2011 р., з усіма її перевагами і вадами.

До прийняття Закону від 13 травня 2014 р. законодавець обмежував у ст. 354 КК коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди працівниками тільки державних підприємств, установ, організацій. Таке вирішення розглядуваного питання, на нашу думку, узгоджувалось із призначенням кримінального права як знаряддя реагування на найбільш небезпечні для особи, суспільства і держави посягання. Як відомо, принцип економії кримінально-правової репресії передбачає, що звертатись до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто лише у тому разі, коли бракує інших правових важелів впливу на неї. До тих працівників юридичних осіб приватного права, які, не будучи службовими особами, одержують неправомірні вигоди за порушення своїх професійних обов'язків, цілком успішно могли застосовуватись заходи впливу, регламентовані трудовим і цивільним законодавством, а у випадках вчинення ними суспільно небезпечних діянь – норми кримінального законодавства (наприклад, ст. 232, ст. 232-1 КК).

Таке розв'язання проблеми, крім усього іншого, враховувало не обов'язковий, а рекомендаційний характер положень антикорупційних конвенцій стосовно криміналізації поведінки працівників, які не мають статусу управлінця. Вельми показовим у зв'язку з цим є те, що П.П. Андрушко, не дивлячись на ініційовану ним законодавчу новелу у вигляді ст. 368-5 КК, не відкидає і принципово інший варіант удосконалення законодавства. Йдеться про доповнення Закону України від 18 жовтня 2006 р. «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» застереженням про те, що «суб'єктами одержання хабара у приватному секторі визнаються не будь-які працівники підприємств (юридичних осіб) приватного права, а лише ті з них, які мають статус службових осіб...» [24, с. 294].

Однак на підставі Закону України від 13 травня 2014 р. сферу дії ст. 354 КК істотно розширено; наразі в цій статті говориться про дії з неправомірною вигодою, вчинювані працівником підприємства, установи, організації, який не є службовою особою, або особою, яка працює на користь підприємства, установи, організації. З

урахуванням міркувань, викладених вище, ми ставимось до цієї законодавчої новели критично. Зауважимо також, що в назві і диспозиції ст. 354 КК України замість вказівки на підприємства, установи, організації мала б, на наш погляд, використовуватись більш сучасна термінологія, узгоджена з іншим антикорупційним законодавством (наприклад, зворот «юридичні особи публічного права»). З поставленого питання ми поділяємо міркування, наведені у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 13 травня 2014 р. Парламентські експерти не погоджувались із встановленням кримінальної відповідальності за пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди, а так само за надання і прийняття такої вигоди працівником підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, який не є службовою особою. Зазначалось, що відповідні обмеження щодо отримання майнових та немайнових благ за «допомогою» своєї посади чинним антикорупційним законодавством передбачені виключно для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також прирівняних до них осіб (ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції»), у зв'язку з чим поширення їх через норми КК на осіб, які, в принципі, не визнаються суб'єктами корупційних діянь, є проявом надмірної криміналізації. До того ж злочин, передбачений ст. 354 КК, відноситься до злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (розділ XV Особливої частини КК), а тому навряд чи його суб'єктом може бути працівник юридичної особи приватного права (а не державного підприємства, установи чи організації, як це було передбачено попередньою редакцією ст. 354 КК).

Відомо, що в юридичній літературі тривалий час велась дискусія з питання про визнання службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття фізичної особи – підприємця. На наш погляд, відповідно до чинного раніше законодавства на це питання варто було негативну відповідь. Адже така особа не займає на підприємстві, в установі чи організації посаду, як цього прямо вимагала ч. 1 примітки ст. 364 КК; на фізичну особу – підприємця правомочним органом або правомочною службовою особою не покладалось спеціальне повноваження виконувати на підприємстві, в установі чи організації організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Ухвалення Закону від 7 квітня 2011 р. внесло корективи в цю дискусію. Так, наразі можна однозначно стверджувати, що фізичні особи – підприємці не повинні нести відповідальність за ст. 364-1 і ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, оскільки в назвах і диспозиціях цих кримінально-правових норм фігурують службові особи юридичних осіб приватного права, а згадані підприємці займаються своєю діяльністю в організаційно-правовій формі, яка не передбачає створення юридичної особи. Ті ж фізичні особи – підприємці, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можуть нести відмінну від відповідальності службових осіб відповідальність за ст. 365-2, ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 КК. Водночас заслугоує на підтримку висловлена в літературі точка зору, згідно з якою питання про відповідальність фізичних осіб – підприємців за нормами розділу XVII Особливої частини КК може поставати лише в контексті складів злочинів, передбачених ст. ст. 366, 367, 370 КК [25, с. 428]. Суб'єктами цих злочинів є службові особи, ознаки яких закріплено в ч. 3 ст. 18 КК. Згідно з визначенням, наведеним у цій нормі, службовими є також особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється (серед іншого) судом або законом. Законами, які надають фізичним особам – підприємцям повноваження виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, є положення цивільного, господарського і трудового законодавства, на підставі яких ці особи керують найманими працівниками та розпоряджаються майном.

Вважаємо також, що коло суб'єктів кримінально караного підкупу в приватному секторі *de lege ferenda* слід розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця на підставі трудового договору, виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. На сьогодні одержання неправомірних вигод такими особами як тими, хто не може бути визнаний службовими особами юридичних осіб приватного права, кваліфікації за ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК не підлягає. Такий стан речей з урахуванням того, що фізичні особи – підприємці є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб, – вада кримінального закону, яку варто усунути.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати такі висновки. По-перше, однією з вад перманентно оновлюваного антикорупційного законодавства є відсутність у ньому визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права» і відсутність посилань на таку особу в загальному визначенні поняття «службова особа» (ст. 18 КК). При цьому присвячені службовим особам положення, які наразі містяться у ст. 18 КК, як такі, що стосуються лише одного виду спеціального суб'єкта і тому безпідставно включені до Загальної частини КК, мають бути перенесені до розділу XVII Особливої частини КК. По-друге, у вдосконаленому визначенні «публічної» службової особи повинні фігурувати не будь-які державні підприємства, а лише казенні підприємства, у зв'язку з чим в ч. 1 примітки ст. 364 КК замість слів «на державних чи комунальних підприємствах» слід зазначити «на казенних чи комунальних підприємствах». По-третє, законодавче визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, доцільно удосконалити, беручи до уваги те, що: 1) термінологічний зворот «службова особа юридичної особи приватного права» не охоплює осіб,

які, не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням; 2) поділ юридичних осіб на два види (публічного і приватного права) в сучасній українській цивілістиці не вважається безспірним; 3) коло суб'єктів кримінально караного підкупу в приватному секторі слід розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця на підставі трудового договору, виконують відповідні функції. Зважаючи на викладене, в ч. 3 ст. 368-3 КК суб'єкта злочину, передбаченого цією нормою, пропонуємо позначити як «службову особу, крім тієї, що вказана в ч. 1 і ч. 2 примітки ст. 364 КК України». Реалізація викладеної пропозиції, означаючи відмову від дискусійного в цивілістиці поділу юридичних осіб на осіб публічного і приватного права, дозволить точніше визначити коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за підкуп у приватному секторі.

1. Коваленко В.П. Про новели у диференціації кримінальної відповідальності службових осіб / В.П. Коваленко // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 189–193.
2. Брич Л.П. Про проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» / Л.П. Брич // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 1. – С. 214–222.
3. Бараненко Д.В. Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Д.В. Бараненко. – К., 2009. – 19 с.
4. Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Горбачов Дмитро Миколайович. – К., 2014. – 230 с.
5. Рішення Верховного Суду України. – 2013. – Вип. 2 (27). – С. 77–81.
6. Задоя К.П. Особливості взаємодії норм-приписів розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України з нормами-дефініціями / К.П. Задоя // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – № 4. – С. 1–5.
7. Ильяшенко С. Когда учредитель становится должностным лицом / С. Ильяшенко // Все о бухгалтерском учете. – 8 августа 2003 г. – № 74. – С. 10.
8. Макаров С.Д. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Макаров Сергей Дмитриевич. – Иркутск, 1999. – 204 с.
9. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Шиндель Юлія Ігорівна. – Х., 2014. – 250 с.
10. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? / В. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 30 січня – 5 лютого 2010 р. – № 5.
11. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.М. Кучеренко. – К., 2004. – 36 с.
12. Андрушко П. До початку футбольного матчу залишалося півтори години...(аналіз окремих норм (положень) проекту Закону «Про засади запобігання і протидії корупції») / П. Андрушко // Юридичний вісник України. – 14–20 травня 2011 р. – № 20.
13. Майданик Р. Види юридичних осіб публічного права в Україні / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2010. – № 6. – С. 4–11.
14. Іванов С.О. До питання поділу юридичних осіб на юридичних осіб публічного та приватного права / С.О. Іванова // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3. – С. 100–106.
15. Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дудоров Олександр Олексійович. – К., 1994. – 208 с.
16. Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики / Б.В. Волженкин. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 560 с.
17. Брич Л.П. Ознаки посадової особи та кваліфікація господарських злочинів, вчинених нею / Л.П. Брич, В.О. Навроцький // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 2. – С. 68–71.

18. Андрушко П.П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: навч. посіб. / П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 342 с.
19. Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Болдарь Галина Євгенівна. – Луганськ, 2007. – 229 с.
20. Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Хашев Вадим Георгійович. – Запоріжжя, 2007. – 259 с.
21. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія / Р.Л. Максимович. – Львів: Львівський держав. ун-т внутріш. справ, 2008. – 303 с.
22. Якимова С.В. До проекту Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення і Кримінального кодексу України щодо приведення їх положень у відповідність до стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією Ради Європи» / С.В. Якимова // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 21-22 вересня 2012 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 443–448.
23. Бакай М.І. Імплементация положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / М.І. Бакай. – К., 2013. – 19 с.
24. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України / П.П. Андрушко. – К.: Атіка, 2012. – 332 с.
25. Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. – Луганськ: Вид-во «Елтон-2», 2012. – 789 с.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ПРИ ВЧИНЕННІ ПІДКУПУ СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА¹

Сьогодні Україна перебуває на відповідальному етапі формування незалежної правової держави з високорозвиненою економікою, шляхи переходу до якої, як це не прикро констатувати, виявилися важкими. Поступовий перехід України до ринкових відносин породив нові види злочинності, однак однією з найгостріших проблем залишається традиційна корупція у різних своїх проявах і сферах. Корупція негативно впливає на реалізацію конституційних прав людини і громадянина, проведення соціальних перетворень та економічний розвиток, викликає недовіру до державних інститутів, створює негативний імідж України на міжнародній арені.

Вагомий внесок у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за вчинення службових злочинів зробили такі вітчизняні науковці, як П.П. Андрушко, Л.П. Брич, О.М. Грудзур, Ю.В. Гродецький, З.А. Загиней, Г.М. Зеленов, О.О. Кваша, В.М. Киричко, В.П. Коваленко, О.В. Кришевич, Д.І. Крупко, Р.Л. Максимович, М.І. Мельник, А.С. Нерсисян, А.В. Савченко, О.Я. Світлов, Т.І. Слуцька, Є.Л. Стрельцов, А.А. Стрижевська, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмиш та ін. При цьому одним із дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики підкупу службової особи юридичної особи приватного права залишається розуміння вимагання неправомірної вигоди як однієї з кваліфікуючих ознак цього службового злочину (ч. 4 ст. 368-3 КК України) та як однієї зі складових підстави звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди (ч. 5 ст. 368-3 КК України). Метою пропонованої статті є аналіз висловлених в юридичній літературі підходів щодо поняття і значення вимагання неправомірної вигоди і формулювання на цій підставі пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.

Своєчасність звернення до позначеної проблеми, крім усього іншого, зумовлена тим, що вітчизняне законодавство про відповідальність за службові злочини, включаючи його антикорупційну складову, постійно оновлюється. Чергова партія серйозних новел пов'язана з ухваленням Закону України від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон України від 13 травня 2014 р.).

Переходячи до викладу основного матеріалу, передусім зазначимо, що законодавче визначення вимагання неправомірної вигоди міститься в п. 5 примітки ст. 354 КК України, викладеної в редакції Закону України від 13 травня 2014 р. Згідно з цією нормою під вимаганням неправомірної вигоди (у т. ч. у ст. 368-3 КК України) слід розуміти вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням наданих повноважень стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Істотних змін визначення вимагання неправомірної вигоди порівняно з визначенням, викладеним у редакції Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» (далі – Закон України від 18 квітня 2013 р.), не зазнало. Тому допускає неточність Р.Л. Максимович, коли пише у результаті прийняття Закону України від 18 квітня 2013 р. констатацію наявності чи відсутності факту вимагання неправомірної вигоди законодавець відніс до угляду працівників правозастосовних органів [1]. Відповідна легальна дефініція існувала і продовжує існувати, однак наскільки вона є вдалою? Спробуємо це з'ясувати.

Кримінальний закон, судячи з його тексту, передбачає дві форми вимагання – відкриту та завуальовану. При цьому останню форму вимагання неправомірної вигоди не слід називати пасивною, оскільки вона може реалізовуватись шляхом як дій, так і бездіяльності. Так, службова особа – керівник юридичної особи приватного права може здійснювати вимагання неправомірної вигоди у своїх підлеглих шляхом створення для них важких, навіть нестерпних умов роботи, змушуючи звільнятися з роботи тих, хто не бажає надавати неправомірну вигоду. Або ж службова особа вимагає надати фактично непотрібні і численні документи, з чого громадянин робить висновок про те, без надання неправомірної вигоди його інтерес не буде задоволений. Тому ми не погоджуємося з висловленою у літературі думкою про те, що в цьому разі йдеться про форму пасивного очікування предмета підкупу [2].

Проте не виключені ситуації, коли саме бездіяльність службової особи слугує спонукальним мотивом надання неправомірної вигоди. Не заявляючи відкрито жодних погроз, службова особа тривалий час не виконує ті чи інші дії, які вона реально може чи повинна здійснити по службі і в яких заінтересована особа – потенційний суб'єкт активного підкупу. Не виконуючи протягом тривалого часу певні дії, службова особа дає зрозуміти громадянину, що той може добитись реалізації своїх прав і законних інтересів лише шляхом

¹ Стаття написана в співавторстві з Я.В. Ризак та опублікована: Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 1. – С. 180–191.

надання неправомірної вигоди. Обов'язковою ознакою вимагання у завуальованій формі є його умисність, а тому для кваліфікації діянь за цією ознакою потрібно встановити, що службова особа юридичної особи приватного права усвідомлювала, що її поведінка ставить особу у відповідні умови, та бажала так вчиняти, маючи на увазі одержання неправомірної вигоди.

Так, вироком Нетішинського міського суду Хмельницької області від 23 квітня 2013 р. особу засуджено за ч. 4 ст. 368-3 КК України за вчинення злочину за наступних обставин. Засуджений, перебуваючи на посаді директора ПП «Енергія», отримав від підлеглого працівника заяву про звільнення з роботи за власним бажанням, який повідомив, що підшукав для себе більш оплачувану роботу. Засуджений з метою отримання неправомірної вигоди від працівника у сумі 1300 грн. його заяву не розглянув та, погрожуючи звільненням з роботи за прогули і відмовою видачі трудової книжки, видав наказ про оголошення вказаному працівнику догани за порушення ним трудової дисципліни. Бажаючи вирішити питання щодо звільнення з роботи у позитивний для себе спосіб, працівник надав засудженому неправомірну вигоду у розмірі 1300 грн.; після цього службова особа анулювала наказ про оголошення догани та видала наказ про звільнення з роботи за власним бажанням. При цьому директор вимагав неправомірну вигоду за нібито понесені ним витрати на навчання працівника і витрати, які він понесе в майбутньому за навчання нового працівника, який прийде на місце звільненого. Вважаємо, що у цьому випадку мала місце не відкрита, а завуальована форма вимагання неправомірної вигоди, адже директор ПП висував вимогу відшкодувати витрати, що були та ще будуть нібито ним понесені.

При імплементації у КК України положень міжнародних конвенцій наш законодавець, на думку М.І. Бакай, не врахував, зокрема, «необхідність криміналізації вимагання хабара та неправомірної вигоди як окремих («автономних») проявів корупційної поведінки (стосується положень, передбачених ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК)...» [3]. На наш погляд, вести мову у цьому разі саме про криміналізацію недоречно, адже вказана М.І. Бакай корупційна поведінка і на сьогодні вважається злочинною. Так, поведінка, яка розцінюється як вимагання неправомірної вигоди, поряд із власне одержанням такої вигоди за дії (бездіяльність) з використанням службових повноважень, входить до об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину – одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, поєднаного з вимаганням. Відповідно, вимагання неправомірної вигоди, отримати яку службовій особі юридичної особи приватного права не вдалося з незалежних від її волі причин, має визнаватись замахом і кваліфікуватися за ч. 2 (ч. 3) ст. 15, ч. 4 ст. 368-3 КК України.

Варто звернути увагу на те, що у п. 2 примітки ст. 368-3 КК України, викладеної в редакції Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», де наводилося визначення поняття «вимагання», йшлося про «особу, яка виконує управлінські функції в юридичній особі приватного права». З метою уніфікації термінології М.І. Хавронюк пропонував замінити ці слова іншими – «службова особа юридичної особи приватного права» [4], з чим варто було погодитись. Законодавець обрав інший варіант удосконалення КК: на підставі Закону України від 18 квітня 2013 р. примітку ст. 368-3 із КК України було виключено, а загальне для складів корупційних злочинів поняття вимагання неправомірної вигоди сформульовано, як вже зазначалось, у примітці ст. 354 КК України.

Традиційно вимагання хабара (наразі – неправомірної вигоди) не вбачалось у тих випадках, коли під загрозу ставились незаконні інтереси особи, в якій вимагали хабар (неправомірну вигоду) [5]. На користь так званого вузького розуміння вимагання хабара наводились такі традиційні аргументи. По-перше, звичайною практикою захисту хабародавців є їх посилення на те, що вони були вимушені дати хабар під тиском з боку службової особи. І широке розуміння вимагання хабара буде певним чином стимулювати протиправну поведінку громадян, які шляхом давання хабарів намагатимуться реалізувати свої інтереси, що суперечать чинному законодавству. По-друге, посилення караності одержання хабара, поєднаного з вимаганням, пояснюється не лише особливим характером взаємовідносин між хабародавцем і службовою особою як ініціатором таких взаємовідносин, а і тим, що зазначений злочин посягає на додатковий об'єкт – права і законні інтереси особи, для яких виникає загроза заподіяння їм шкоди. Підвищений ступінь суспільної небезпеки одержання хабара, супроводжуваного погрозою вчинення незаконного діяння по службі (порівняно із ситуацією, коли жодні інтереси хабародавця не можуть бути ущемлені), враховується при призначенні покарання в межах санкції ч. 1 ст. 368 КК. По-третє і, мабуть, найголовніше: сприйняття широкого розуміння вимагання хабара призвело б до зникнення у ньому основного компонента – вимушеності дій хабародавця. Якщо останній зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, намагається обійти закон, одержати незаконні пільги і переваги тощо, то, вважається, доречніше вести мову не про вимушеність, а про вигідність давання хабара.

При цьому у чинному законодавчому визначенні вимагання неправомірної вигоди (п. 5 примітки ст. 354 КК України) вказівка на законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми вимагання і відсутня стосовно відкритої форми вимагання. Сказане наводить на думку про те, що це – прикра законодавча помилка, а не усвідомлене рішення українських парламентаріїв, які сприйняли позицію окремих дослідників (В.Ф. Кириченко, В.Д. Меньшагін, О.Я. Светлов, П.С. Яні та ін.), згідно з якою одержання хабара є настільки

небезпечним злочином, що вимогу передати його під погрозою вчинення будь-яких службових діянь (як законних, так і незаконних) необхідно визнавати вимаганням хабара. За таких обставин п. 5 примітки 354 КК України варто уточнити, усунувши позначену непослідовність і чітко вказавши на те, що вимагання неправомірної вигоди має місце лише у разі вимоги щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій (бездіяльності), якщо це ставить у небезпеку законні інтереси того, у кого вимагають неправомірну вигоду.

Із визначення поняття вимагання неправомірної вигоди, якщо тлумачити п. 5 примітки ст. 354 КК України, буквально, впливає, що особа, яка під впливом вимагання лише запропонувала або пообіцяла неправомірну вигоду, але ще її не надала, не може вважатись такою, щодо якої було вчинене вимагання. Водночас у ч. 5 ст. 354, ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4 і ч. 6 ст. 369 КК говориться про звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка не лише надала неправомірну вигоду, а і пропонувала чи обіцяла її. Тому і в цій частині відповідна легальна дефініція потребує уточнення.

Досить складно встановити, законні чи незаконні інтереси намагається реалізувати той, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду, у ситуаціях, коли службова особа – одержувач неправомірної вигоди здійснює дискреційні повноваження. З цього приводу О.Я. Світлов писав, що іноді взагалі неможливо визначити, якими діями (законними чи незаконними) погрожує особа, яка вимагає хабар. Для ілюстрації цієї думки вчений наводив приклад із двома особами, які претендують на роботу в організації за наявності лише однієї вакансії. Вибрати з двох осіб кращого кандидата – право керівника, який може вимагати хабар з обох претендентів, розраховуючи прийняти на роботу того, хто дасть йому (пообіцяє) більшу суму [6]. Справді, при вирішенні кадрових питань на підставі правових норм, якими б вичерпними вони не були, мають враховуватись і додаткові моменти, наприклад, особисті якості претендентів.

На нашу думку, інтерес того, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду у разі, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень службової особи юридичної особи приватного права, не суперечить чинному законодавству, а тому має визнаватись законним. Інакше кажучи, під законними інтересами при вимаганні неправомірної вигоди варто розуміти у т. ч. інтереси, які не суперечать чинному законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням (залишається простір для індивідуального піднормативного регулювання у вигляді дій службової особи юридичної особи приватного права за власним розсудом).

Обґрунтованість наведеного підходу підтверджується Рішенням Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 ЦПК України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. У згаданому Рішенні поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається у законах України і може вважатись тотожним поняттю «законний інтерес», характеризується як правовий феномен, який: 1) виходить за межі суб'єктивного права; 2) є самостійним об'єктом засобів правової охорони; 3) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; 4) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальноновизнаним принципам права; 5) означає прагнення до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним або нематеріальним благом; 6) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом.

Вирішуючи питання про наявність або відсутність вимагання неправомірної вигоди у ситуації із дискреційними повноваженнями службової особи – одержувача цієї вимоги, слід враховувати і те, що діяння, вчинення яких погрожує у цьому разі службова особа юридичної особи приватного права, навряд чи можуть визнаватись законними при тому, що у разі їх здійснення службова особа формально не порушує конкретну правову норму. Як писав свого часу В.В. Степанов, дії по службі, якими хабароодержувач погрожує хабародавцю при вимаганні хабара, поділяються на такі, які, по-перше, не викликаються службовою необхідністю і, по-друге, не входять у компетенцію службової особи. Науковець слушно зазначав, що дії службової особи навіть у межах своєї компетенції, але які не засновані на службовій необхідності, а здійснюються з корисливих чи інших інтересів, не можуть бути визнані законними [7]. Схожу позицію займав В.М. Ширяєв, який вважав, що дія службової особи є правомірною, якщо вона формально і матеріально відповідає вимогам закону. Дія по службі, яка задовольняє всі вимоги форми, може бути неправильною по суті, тобто суперечити тим цілям і завданням управління, заради яких вона здійснюється [8].

Як повідомляє Д.І. Крупко, у кримінальному праві Швейцарії дискреційне діяння у контексті складів хабарництва прирівнюється до неправомірного службового діяння і є обтяжуючою ознакою давання та одержання хабара [9]. Вельми конструктивною видається пропозиція цього дослідника запровадити у вітчизняну правозастосовну практику принципи застосування дискреційних повноважень, вироблені наукою і судовою практикою ФРН і Швейцарії, з урахуванням того, що діяння особи по службі має визнаватись неправомірним і в тому разі, коли воно порушує один із зазначених принципів. Таким чином, вимога службовою особою юридичної особи приватного права з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи у небезпеку законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання неправомірної вигоди.

Питання про співвідношення одержання неправомірної вигоди, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права шляхом вимагання (ч. 4 ст. 368-3 КК України), з одного боку, і злочину проти власності – вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК України), з іншого, докладно висвітлюється В.М. Киричком [10]. Науковець при здійсненні вказаного відмежування пропонує робити наголос на з'ясуванні тих відносин, яким головним чином завдається шкода злочинною поведінкою службової особи.

Загалом погоджуючись з таким підходом та кримінально-правовою оцінкою конкретних ситуацій, запропонованих дослідником, водночас зауважимо, що нам імпонує точка зору Л.П. Брич, яка вельми скептично налаштована щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину: «...на теоретичному рівні можна говорити про розмежування складів злочинів за родовим чи безпосереднім об'єктом, але коли потрібно на практиці розмежувати злочини, то роздуми про розмежувальні властивості цих видів об'єкта для практики нічого не дають. Родовий та безпосередній об'єкти, безсумнівно відрізняючись у різних складах злочинів, через свою неочевидність, прихованість не можуть слугувати маркером, показником, за яким можна відрізнити один склад від іншого» [11].

Варто до міркувань В.М. Киричка додати, що вимагання як кваліфікуюча ознака одержання неправомірної вигоди, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права, може набувати завуальованого вигляду тоді, як каране за ст. 189 КК вимагання, у т. ч. вчинюване службовою особою з використанням свого службового становища, завжди передбачає відкрите пред'явлення певної майнової вигоди. Також порівнювані діяння відрізняються за предметом, адже неправомірна вигода, на нашу думку, може носити і немайновий характер (зрозуміло, що це тема окремої розмови).

У літературі при з'ясуванні співвідношення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК України, говориться про конкуренцію кримінально-правових норм [12]. Видається, однак, у цьому випадку доречніше вести мову про колізію кримінально-правових норм, як це і робить Н.М. Ярмиш [13]. Норми про одержання неправомірної вигоди, вчинене службовою особою юридичної особи приватного права шляхом вимагання (ч. 4 ст. 368-3 КК України), і вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК України), перебувають у колізії, оскільки, хоч спрямовані на врегулювання одних і саме відносин, змістовно відрізняються між собою і суперечать одна одній.

У практичному сенсі заслуговує на підтримку підхід Н.М. Ярмиш, відповідно до якого якщо законний інтерес людини, що ставиться під загрозу службовою особою, «створюється» нею ж, вимога передачі майнової винагороди повинна кваліфікуватись не як службовий злочин, а за ч. 2 ст. 189 КК України як вимагання, вчинене службовою особою з використанням службового становища [14]. Раніше подібним чином пропонував розв'язувати проблему відмежування відповідних складів злочинів С.В. Дьоменко, який писав, що для вимагання як злочину проти власності (на відміну від вимагання хабара) характерним є те, що службова особа погрожує позбавити потерпілого тих прав, які в нього є або які він має одержати незалежно від службової особи [15].

У контексті нашого дослідження розглянемо також спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності, передбачений ч. 5 ст. 368-3 КК України. Згідно з цією нормою особа, яка пропонувала, обіцяла або надала неправомірну вигоду, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо стосовно неї були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди і після пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні злочину добровільно заявила про те, що сталося органу, службова особа якого згідно із законом має право повідомляти про підозру. Перш за все, варто вказати, що ч. 5 ст. 368-3 КК України зазнала серйозних змін внаслідок прийняття Закону України від 18 квітня 2013 р. На підставі Закону України від 13 травня 2014 р. розглядувана заохочувальна норма була лише доповнена вказівкою на обіцянку неправомірної вигоди.

Вважається, що зміни від 18 квітня 2013 р., внесені до ст. 368-3 КК України, були спрямовані на виконання однієї з рекомендацій GRECO щодо відповідності законодавства України вимогам міжнародно-правових актів. Не можна, однак, не відмітити, що Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією з цього приводу не містить жодних вказівок. Отже, GRECO рекомендувала проаналізувати та, відповідно, переглянути автоматичне й обов'язкове звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили активне хабарництво і заявили про це до правоохоронних органів. Тому, на відміну від попередніх редакцій відповідних норм, ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4, ч. 6 ст. 369, а також ч. 5 ст. 354 КК передбачають не дві, а одну підставу звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Ця підстава поєднує в собі дві згадані обов'язкові умови: 1) якщо стосовно особи були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди; 2) якщо після пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди особа до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, відповідному органу.

Отже, першою обов'язковою умовою звільнення особи, що пропонувала, обіцяла чи надала неправомірну вигоду, є вимагання службовою особою юридичної особи приватного права такої вигоди. Передусім звернемо увагу на недоречність вживання у ч. 5 ст. 368-3 КК України словосполучення «дії щодо вимагання

неправомірної вигоди», оскільки так звана завуальована форма вимагання (умисне створення відповідним суб'єктом умов, за яких особа вимушена дати йому неправомірну вигоду), як про це йшлося вище, може реалізовуватись і шляхом бездіяльності. Сказане дозволяє висунути пропозицію про заміну у ч. 5 ст. 368-3 КК України звороту «були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди» словосполученням «було вчинено вимагання неправомірної вигоди».

До набрання чинності Законом України від 18 квітня 2013 р. вимагання неправомірної вигоди визнавалось однією із самостійних підстав обов'язкового звільнення від кримінальної відповідальності. Ця заохочувальна норма, враховуючи вимушеність поведінки особи, яка надала неправомірну вигоду, сприяла викриттю злісних злочинців – осіб, котрі одержали таку вигоду, застосовуючи психологічний тиск. Також вважалося, що мотиви, які спонукали особу добровільно заявити про пропозицію або надання нею неправомірної вигоди, могли бути різними (страх перед покаранням, помста, заздрість, незадоволення тим, що службова особа не виконала обіцяне, бажання викрити хабарника тощо). Однак із внесенням розглядуваних законодавчих змін ситуація змінилась, і оцінити це однозначно не просто.

З одного боку, законодавча новела у вигляді трансформації двох підстав звільнення від кримінальної відповідальності в одну таку підставу сприятиме зменшенню кількості зловживань заохочувальними кримінально-правовими приписами. З іншого, підстава звільнення особи, яка надала неправомірну вигоду, від кримінальної відповідальності, передбачена ст. 368-3 КК України до набрання чинності Законом України від 18 квітня 2013 р., була покликана стимулювати суспільно корисну поведінку осіб, які порушили кримінальний закон, і спрямовувалась на те, щоб розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників корупційних злочинів. Позитивний посткримінальний вчинок, передбачений цими нормами, враховував прихований та узгоджувальний характер правопорушень, що охоплюються поняттям корупції. Надання та одержання неправомірної вигоди зазвичай не тягне за собою скарг, оскільки обидві винні сторони зацікавлені в такій незаконній угоді. І лише у випадку вимагання такої вигоди можна було розраховувати на ініціативу в боротьбі з корупцією саме з боку особи, яка надала неправомірну вигоду. В інших випадках, щоб змусити таку особу співпрацювати, необхідно було надати їй певні юридичні гарантії, адже, як відомо, розкриття фактів кримінально караної корупції у більшості випадків можливе лише за умови співпраці з правоохоронними органами однієї зі сторін злочинної угоди.

Чинна редакція розглядуваної заохочувальної норми призведе до того, що розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників корупційних злочинів, буде складніше. Навіть у випадку вимагання неправомірної вигоди особа, яка її надала, тричі подумає, чи заявляти про це в правоохоронні органи, оскільки якщо факт вимагання не буде доведено в процесі розслідування, її, крім того, хто вимагав неправомірну вигоду, також буде притягнуто до кримінальної відповідальності.

У цьому сенсі більш виваженою виглядає позиція О.О. Кваші, яка ч. 5 ст. 369 КК України вважає за доцільне викласти у такій редакції: «Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила злочин, передбачений частиною першою даної статті, якщо стосовно неї були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди або після надання неправомірної вигоди вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, органу, службова особа якого згідно із законом має право повідомляти про підозру» [16].

Фактично йдеться про повернення до підходу, закріпленого у КК України до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. Як слушно зазначається у літературі, якщо особа вирішила заявити про вчинений нею підкуп, вона тим самим спокутує свою провину [17]. Разом з тим звернемо увагу на недоречність вживання у заохочувальній нормі словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди», про що говорилося вище. Ми так розуміємо, що О.О. Кваша у своїй авторській редакції ч. 5 ст. 369 КК України некритично відтворила вказане невдале словосполучення, запроваджене в обіг на підставі Закону України від 18 квітня 2013 р. Не помічає позначеної вище проблеми І. Леоненко, який у пропонуваніх авторських редакціях заохочувальних норм (включаючи ч. 5 ст. 368-3 КК України) продовжує вказувати на поєднання дій щодо вимагання неправомірної вигоди і добровільної заяви про те, що сталося, уповноваженому органу [18].

Виходячи з того, що притаманна вимаганню неправомірної вигоди погроза заподіяти шкоду правам чи законним інтересам іншої особи призводить до відсутності суспільної небезпеки і загалом правомірності дій того, хто пропонує або передає неправомірну вигоду, В.М. Киричко пропонує, зокрема, у вдосконаленій ст. 368-3 КК України вказати на те, що особа, яка пропонувала чи надала неправомірну вигоду (таку особу дослідник називає потерпілою), не підлягає кримінальній відповідальності, якщо стосовно неї мало місце вимагання неправомірної вигоди. Вчений, звертаючи увагу на те, що ст. 39 КК «Крайня необхідність» і ст. 40 КК «Фізичний або психічний примус» стосується дій особи, яка заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, стверджує, що цієї ознаки немає в діях того, хто пропонував, обіцяв або надав неправомірну вигоду внаслідок вимагання в неї такої вигоди. Зазначається також, що особа, яка діє (пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду) в ситуації вимагання неправомірної вигоди, не посягає на права, свободи і законні інтереси інших осіб, державні чи громадські інтереси, інтереси юридичних осіб [19].

На наш погляд, погодитись із викладеною і, до речі, послідовно обстоюваною позицією складно, не дивлячись на те, що ми поділяємо думку В.М. Киричка про необхідність чіткого відмежування звільнення від кримінальної відповідальності від тих випадків, коли склад злочину як одна з правових підстав кримінальної відповідальності відсутній. Ще римські юристи стверджували: *eius nulla culpa est qui parere necesse sit* (немає вини на тому, хто вимушений підкорятися). Однак у сучасній кримінально-правовій доктрині загальноновизнаним є інший підхід. Згідно з ч. 2 ст. 40 КК України психічний примус, тобто вплив на свідомість людини з метою змусити її вчинити злочин (у нашому випадку – запропонувати, пообіцяти або надати неправомірну вигоду) за допомогою погрози, виключає кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, лише якщо особа, яка зазнала такого впливу, перебувала в стані крайньої необхідності. У ситуаціях, що не охоплюються поняттям крайньої необхідності, психічний примус як чинник, що повністю волю людини не паралізує і лише ускладнює вибір того чи іншого варіанту поведінки, враховується як обставина, що пом'якшує покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК України). Саме така ситуація, на наше переконання, має місце у випадку вимагання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, а тому визнавати особу, якій адресоване вимагання, потерпілим у кримінально-правовому розумінні цього поняття достатніх підстав немає. Показово у зв'язку з цим те, що в юридичній літературі хабародавця, якого звільняють від кримінальної відповідальності за ст. 369 КК України (термінологія до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р.) і в поведінці якого вбачаються ознаки складу злочину, інколи називають псевдопотерпілим [20].

Психічний примус у вигляді вимагання неправомірної вигоди не позбавляє особу можливості керувати своїми діями і не створює для неї стан крайньої необхідності, адже в особи зберігаються інші, не пов'язані з вчиненням злочину (пропозицією або наданням неправомірної вигоди), варіанти поведінки, включаючи звернення до правоохоронних органів, для відвернення заподіяння шкоди правам і законним інтересам. Про те, що у випадку вимагання як кваліфікуючої ознаки комерційного підкупу стан крайньої необхідності, за загальним правилом, відсутній, пишуть й інші дослідники [21].

Та обставина, що особа, яка в ситуації вимагання в неї неправомірної вигоди шляхом пропонування або надання такої вигоди захищає свої права і законні інтереси, не свідчить про правомірний характер поведінки цієї особи. Принаймні статті КК України про відповідальність за корупційні злочини (включаючи ст. 368-3 КК) жодних застережень з цього приводу не містять; відповідно, зазначену поведінку законодавець вважає (інше питання – чи обґрунтовано) суспільно небезпечною та, як наслідок, протиправною. Використаний у ч. 1 ст. 39 КК України зворот «заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам» в розглядуваному контексті означає (не більше і не менше) вчинення діяння, що порушує кримінально-правову заборону, присвячену певному корупційному злочину. Невже поведінку «активного» корупціонера (навіть того, що діє вимушено – унаслідок вимагання в нього неправомірної вигоди) немає підстав вважати такою, що заподіює шкоду правомірному функціонуванню юридичних осіб приватного права і таким правоохоронюваним інтересам, як інтереси держави по боротьбі з корупцією?

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки. По-перше, необхідності криміналізації вимагання неправомірної вигоди як окремого прояву корупційної поведінки немає, оскільки таке діяння вже визнається злочинним. Так, вимагання неправомірної вигоди, отримати яку службовій особі юридичної особи приватного права не вдалося з незалежних від її волі причин, має визнаватись замахом і кваліфікуватися за ч. 2 (ч. 3) ст. 15, ч. 4 ст. 368-3 КК України. Не виключається кримінально-правова оцінка зазначеної поведінки і за ч. 2 ст. 189 КК України. По-друге, вимога службовою особою юридичної особи приватного права з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи у небезпеку законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання неправомірної вигоди. Під законними інтересами при вимаганні неправомірної вигоди варто розуміти, зокрема, інтереси, які не суперечать чинному законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням. По-третє, вжите в ч. 5 ст. 368-3 КК України словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди» є некоректним, оскільки не враховує можливість завуальованого вимагання (тобто умисного створення відповідним суб'єктом умов, за яких особа вимушена дати або запропонувати йому неправомірну вигоду). Тому вказане словосполучення пропонуємо замінити зворотом «було вчинено вимагання неправомірної вигоди». По-четверте, законодавче визначення поняття вимагання неправомірної вигоди потребує уточнення з метою усунення: 1) притаманної йому на сьогодні непослідовності з питання про характер інтересів особи, котра вимушена дати неправомірну вигоду під тиском вимагача; 2) неузгодженості між п. 5 примітки ст. 354 і заохочувальними нормами – ч. 5 ст. 354, ч. 5 ст. 368-3, ч. 5 ст. 368-4 і ч. 6 ст. 369 КК України, в яких йдеться про звільнення (за певних умов) від кримінальної відповідальності того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду. Тому пропонуємо у п. 5 примітки ст. 354 КК України після слів «...з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду» включити такі слова «або пропонує чи обіцяє її, якщо це ставить у небезпеку законні інтереси того, у кого вимагають неправомірну вигоду...» (далі – за текстом). По-п'яте, з питання про підставу звільнення від кримінальної відповідальності, передбачену ч. 5 ст. 368-3 КК України, вважаємо за доцільне повернутись до підходу, який був відображений

у цій компромісній нормі до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. Йдеться про те, щоб звільняти від кримінальної відповідальності особу, котра запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, або якщо стосовно такої особи було вчинено вимагання неправомірної вигоди, або якщо вона своєчасно і добровільно заявила про те, що сталося, уповноваженому органу. Це створить передумови для того, щоб розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників кримінально караної корупції.

1. Максимович Р.Л. Про деякі антикорупційні зміни в Кримінальному кодексі України // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 497.
2. Макаров С.Д. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Иркутск, 1999. – С. 130.
3. Бакай М.І. Імплементация положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2013. – С. 13.
4. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 318.
5. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ, 2010. – С. 511–516.
6. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – С. 218–219.
7. Степанов В.В. Квалифицирующие обстоятельства взяточничества // Ученые записки Саратовского юридического института. Вып. 15. – Саратов, 1967. – С. 231.
8. Ширяев В.Н. Взятничество и лиходательство в связи с общим учением о должностных преступлениях. Уголовно-юридическое исследование. – Ярославль, 1916. – С. 525–526.
9. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – С. 75–85, 162–185.
10. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. – Х.: Право, 2013. – С. 162–164.
11. Брич Л. Значення видів об'єкта й таких ознак, як предмет і потерпілий у розмежуванні суміжних складів злочинів між собою і для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими злочинами // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 234.
12. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України) // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 7. – С. 28.
13. Ярмиш Н.М. Подолання колізії між злочинами, передбаченими ч. 2 ст. 368 та ч. 2 ст. 189 КК України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 321–323.
14. Ярмиш Н.М. Подолання колізії між злочинами, передбаченими ч. 2 ст. 368 та ч. 2 ст. 189 КК України // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 321–323.
15. Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий і кримінологічний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Запоріжжя, 2005. – С. 99, 190.
16. Кваша О.О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. – К., 2013. – С. 380.
17. Энциклопедия уголовного права. Т. 20. Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2012. – С. 624.
18. Леоненко І. Проблематика звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини // Віче. – 2013. – № 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/3766>.
19. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. – Х.: Право, 2013. – С. 171–175; Киричко В.М. Вимагання неправомірної вигоди як обставина, що виключає кримінальну відповідальність особи, яка пропонувала, обіцяла чи надала неправомірну вигоду // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.),

- В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 515–518; Киричко В.М. Про відсутність суспільної небезпечності в діях особи, яка пропонувала, обіцяла або надала неправомірну вигоду внаслідок вимагання такої вигоди, та необхідність вдосконалення ч. 2 ст. 11 і п. 5 примітки до ст. 354 КК України // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2. – С. 278–289.
20. Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 74–75.
21. Яни П. Вред как элемент коммерческого подкупа // Российская юстиция. – 2001. – № 4. – С. 37–38; Отзыв профессора А.В. Грошева на проект постановления Пленума ВС РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.crimpravo.ru/blog/corruption/2756.html>.

ЗЛОВЖИВАННЯ ВПЛИВОМ: У ПОШУКАХ ІСТИНИ МІЖ «ДУХОМ» І «БУКВОЮ» КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ¹

Однією з неоднозначно сприйнятих законодавчих новел у частині відповідальності за службові злочини стала ст. 369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Зловживання впливом», якою КК у порядку гармонізації національного законодавства і міжнародного права був доповнений на підставі Закону України (далі – ЗУ) від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». Закріплені в ст. 369-2 КК ознаки складу (а точніше складів) злочину позбавлені належної ясності і чіткості, що породжує суперечливі тлумачення кримінального закону і призводить до неоднозначності відповідної судової практики. При цьому не викликає сумнівів, що від того, наскільки вдало викладено ту чи іншу кримінально-правову заборону, наскільки виразно законодавець об'єктивував свою волю, залежить ефективність цієї заборони; дефекти ж кримінально-правової заборони спроможні зробити її «мертвою» або серйозно ускладнити її дію.

Як справедливо зауважує В. Киричко, з'ясування глибинного змісту ст. 369-2 КК «суттєво ускладнено існуючим варіантом її редакції, при якій із тексту статті не зрозуміло, в чому полягає зловживання впливом, хто на кого впливає, яким чином та в чийх інтересах, а також хто саме і від кого отримує неправомірну вигоду» [1, с. 229]. Подібним чином висловлюється К. Задоя, на думку якого нормативна фіксація зловживання впливом як абсолютно нового для кримінального права України типу суспільно небезпечної поведінки характеризується численними вадами, пов'язаними з неповним врахуванням відповідних положень антикорупційних конвенцій. До того ж у самих цих конвенціях ознаки зловживання впливом сформульовані досить неоднозначно [2, с. 61–62]. При цьому невизначеність складу того чи іншого злочину, не дозволяючи чітко розмежовувати злочинну і незлочинну поведінку, по-перше, суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності, по-друге, не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати свої обов'язки, по-третє, ускладнює виконання КК такого завдання, як запобігання злочинам, адже потенційний злочинець не має чіткої інформації про суть кримінально караного поведінки.

Чинна редакція ст. 369-2 КК гарно ілюструє тезу М. Мельника про те, що імплементація міжнародно-правових норм до вітчизняного кримінального законодавства не завжди є правильною, оскільки здійснюється механічно і без належної адаптації до правової системи України, а це породжує конкуренцію кримінально-правових норм, створює надмірність законодавчого описання певних видів злочинної поведінки тощо [3, с. 113]. Складно не погодитись з Я. Лизогубом у тому, що копіювати «букву» міжнародно-правової норми можна лише тоді, коли її розуміння збігається з національною логікою сприйняття конкретної юридичної матерії, її текст відповідає назві, а ознак, що його розкривають, вистачає не тільки для позначення суспільної небезпеки явища, а і для визначення останнього як злочину за правилами національного законодавства. У всіх інших випадках таке відтворення має відбуватися з урахуванням «духу» міжнародно-правового припису; визначення змісту злочинного діяння має бути внутрішньою прерогативою держави, адже способи описання явища, щодо якого висловлено міждержавну запобіжну ідею, у кожній правовій системі мають свої особливості [4].

Ст. 369-2 КК є результатом імплементації ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції. Цікаво, що обидві ці норми в офіційних перекладах конвенцій мають назву «Зловживання впливом» при тому, що в англомовних текстах згаданих міжнародно-правових актів вживається зворот «trading in influence», який у перекладі на українську мову буквально означає «торгівля впливом». У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції указується на можливість вжиття кожною Державою-учасницею таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами низки дій, якщо вони вчинені умисно: а) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи; б) вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги.

Аналогічні формулювання знаходимо в ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією. При цьому в пп. 64–66 Пояснювальної записки до вказаної конвенції зазначається, що криміналізація зловживання впливом має на меті дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії, до якої він належить, і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого професійного становища або соціального статусу, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери і послаблює віру громадян у справедливість державного управління.

¹ Стаття опублікована: Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 3. – С. 136–178.

Однак чинна редакція ст. 369-2 КК сформульована максимально узагальнено (абстрактно); вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб і законних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її.

Із викладеного вище, необхідності дотримання принципу верховенства права, а так само з усталеного імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікуються» і варто виходити, здійснюючи *de lege lata* тлумачення ст. 369-2 КК. Принаймні таке попереднє застереження я вимушений був зробити в своєму науково-практичному коментарі до цієї статті КК [5, с. 237].

Ст. 369-2 є типовим (уточню – для оновленого антикорупційного законодавства) прикладом такого конструювання статті КК, за якого в різних її частинах описуються не різновиди одного і того ж складу злочину, а окремі види злочинної поведінки. Ч. 1 і ч. 2 ст. 369-2 КК описують два основні (самостійні), хоч і тісно пов'язані між собою склади злочину, а ч. 3 ст. 369-2 КК передбачає кваліфікований склад злочину, описаного в ч. 2 цієї статті.

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК, характеризується діями у вигляді: 1) пропозиції неправомірної вигоди; 2) обіцянки неправомірної вигоди; 3) надання неправомірної вигоди. Причому названі альтернативні дії (а для наявності складу злочину достатньо вчинення хоча б однієї з них) своїм первинним адресатом мають того, хто пропонує чи обіцяє (погоджується) за неправомірну вигоду або за надання такої вигоди третій особі вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Своєю чергою, ця уповноважена особа виступає перспективним адресатом злочинних дій, перерахованих у ч. 1 ст. 369-2 КК.

Для кваліфікації за ч. 1 ст. 369-2 КК не має значення, чи здійснила особа, якій запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду, вплив на того, хто уповноважений на виконання функцій держави. При цьому уповноважена особа, яка приймає рішення, може і не знати про злочин, вчинюваний у зв'язку з таким рішенням, і навіть не прийняти «потрібне» рішення.

Виходячи з того, що при зловживанні впливом особа, уповноважена на виконання функцій держави, ще не задіяна в корупційному процесі, В. Осадчий робить висновок про те, що склад злочину «зловживання впливом» не повною мірою узгоджується із законодавчим визначенням поняття корупції [6, с. 73–74]. Я також вважаю, що зловживання впливом лише частково може вважатись корупційним злочином, однак не охоплення чинною редакцією ст. 369-2 КК корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави, видається цілком зрозумілим і прийнятним з урахуванням відображеного в згаданих міжнародно-правових актах призначення цієї кримінально-правової заборони.

Під рішенням особи, уповноваженої на виконання функцій держави, з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК слід розуміти як саму дію (бездіяльність) з метою вирішення того чи іншого питання, так і її результат – оформлення і прийняття відповідного документа. Це може бути як рішення, яке уповноважена особа спроможна (вправі) ухвалити самостійно, так і рішення, ухвалюване колегіальним органом, у роботі якого бере участь (до складу якого входить) особа, уповноважена на виконання функцій держави.

На відміну від ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, де в контексті можливої криміналізації зловживання впливом говориться про неправомірну перевагу, для наявності складу злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 369-2 КК, не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення того, хто уповноважений на виконання функцій держави, було неправомірним. Виходить, що Україна виконала відповідні міжнародно-правові рекомендації «з запасом».

Зверну увагу і на те, що всупереч буквальному розумінню звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави», використаного в тексті ст. 369-2 КК, до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, треба відносити також: 1) осіб, уповноважених на виконання функцій місцевого самоврядування; 2) осіб, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (це, зокрема, посадові особи юридичних осіб публічного права та особи, які надають публічні послуги, – аудитори, нотаріуси, оцінювачі, експерти, арбітражні керуючі тощо); 3) осіб, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважених на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Запропоноване тлумачення законодавчого звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави» виходить з того, що вказані три категорії осіб перераховані в пунктах 1–3 ч. 1 ст. 4 ЗУ «Про засади запобігання і протидії корупції», який фігурує в примітці ст. 369-2 КК і який, щоправда, у цій частині не є чинним, адже наразі діє ЗУ від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції».

Так, за ч. 3 ст. 369-2 КК Ожтєбрський районний суд м. Полтави засудив провідного фахівця департаменту з продажів ТОВ «Енерджі-Консалтінг», уповноваженого перевіряти і погоджувати технічні умови на приєд-

нання до об'єктів електроенергетики, договори про приєднання до електроустановок і надавати вказівки службовим особам ПАТ «Полтаваобленерго» щодо видачі технічних умов замовникам та укладення з ними відповідних договорів. Вказаний фахівець одержав неправомірну вигоду за надання вказівок посадовим особам ПАТ «Полтаваобленерго» видати ТОВ «Згода» технічні умови на приєднання до мережі електроустановок, укласти з цим ТОВ договір про приєднання до електричних мереж і підключити виробничі приміщення вказаного підприємства до електромереж. Обґрунтовуючи засудження згаданого фахівця за зловживання впливом, суд у вирокі, зокрема, зазначив, що той здійснював вплив на прийняття рішення службовими особами ПАТ «Полтаваобленерго», які відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 4 ЗУ «Про засади запобігання та протидії корупції» є особами, які постійно обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків у юридичних особах приватного права, і відповідно до примітки ст. 369-2 КК України належать до осіб, уповноважених на виконання функцій держави [7].

3. Загинець висловила думку про те, що відсилка у бланкетній примітці ст. 369-2 КК до нечинного нормативно-правового акта (ЗУ «Про засади запобігання і протидії корупції») перешкоджає встановленню нормативного змісту такої ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею КК, як суб'єкт, а визначення кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з урахуванням ЗУ «Про запобігання корупції» порушувало б принцип законності; як наслідок, примітка ст. 369-2 КК не має юридичної дії [8, с. 174–175].

Уточню, що особу, уповноважену на виконання функцій держави, якій присвячена розглядувана примітка, немає підстав визнавати суб'єктом кримінально караного зловживання впливом. Щодо допущеної законодавцем помилки, поміченої 3. Загинець, то вона, на жаль, уже не дивує з урахуванням тієї якості законотворчості, яку в останні роки демонструє наш парламент. Ведучи ж мову про змістовний аспект, відзначу, що віднесення згідно з формальною відсилкою, розміщеною у сумнівній, як з'ясувалось, примітці, до числа осіб, у зв'язку з очікуваним впливом на яких вчиняються заборонені ст. 369-2 КК дії, службових осіб юридичних осіб приватного права суперечить ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції. Оскільки Україна і в цьому випадку виконала міжнародно-правові рекомендації щодо криміналізації зловживання впливом «з запасом», примітку ст. 369-2 треба сформулювати таким чином, щоб вона не поширювала свою дію на службових осіб юридичних осіб приватного права.

В. Осадчий пропонує використовувати в удосконаленій ст. 369-2 КК словосполучення, яке вживається як в ЗУ «Про запобігання корупції», та і в чинних редакціях статей 366-1, 368-2, – «особи, уповноважені на виконання функцій держави і місцевого самоврядування» [6, с. 71–72]. На мою думку, з метою узгодження положень КК та оновленого антикорупційного законодавства в ст. 369-2 КК (включаючи її примітку) слід вказати на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та осіб, прирівняних до них. Тобто маються на увазі особи, вказані в пунктах 1 і 2 ч. 1 ст. 3 ЗУ «Про запобігання корупції».

У будь-якому разі робити в примітці удосконаленої ст. 369-2 КК відсилку до положень конкретного законодавчого акта, як це зроблено в чинній редакції цієї статті КК, не варто. Адже, як слушно зазначає Г. Яремко, такого роду бланкетні відсилки є поодинокими, і це закономірно. Посилання на конкретний нормативно-правовий акт спрощує правозастосування, проте кримінально-правова норма з таким посиланням не є гнучкою. Подібна конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу доцільна лише за умови стабільності відповідного регулятивного законодавства; в інших випадках варто вказувати на юридичну силу та (або) галузеву належність акта, що застосовується для конкретизації змісту бланкетної диспозиції [9, с. 67, 135–136].

Не дивлячись на відсутність (на відміну від частин перших статей 354, 368-3, 368-4, 369 КК) прямої законодавчої вказівки, дії особи мають кваліфікуватись за ч. 1 ст. 369-2 КК і в тому разі, коли неправомірну вигоду було надано третій особі, на яку вказав той, хто пропонує (обіцяє, погоджується) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. На користь зробленого висновку, як правильно зауважує К. Задоя, свідчить використання в ч. 1 ст. 369-2 КК звороту «...або за надання такої вигоди третій особі вплинути на...» [2, с. 61].

З погляду кваліфікації за цією кримінально-правовою нормою ініціатором пропозиції (обіцянки) чи надання неправомірної вигоди може виступати не лише той, хто зацікавлений у прийнятті «потрібного» рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а і той, хто діє як своєрідний посередник між зацікавленою та уповноваженою особами.

Якщо особа, якій запропонували (пообіцяли) неправомірну вигоду, прийняла її, дії того, хто надав цю вигоду, розцінюються тільки як надання неправомірної вигоди. Про її пропозицію (обіцянку) можна вести мову лише в тому разі, коли особа-посередник неправомірну вигоду поки що не одержала.

Ч. 1 ст. 369-2 КК позначає, серед іншого, поведінку особи, якій спрямована відповідна пропозиція (обіцянка): така особа пропонує чи обіцяє (погоджується) за неправомірну вигоду або за надання такої вигоди третій особі вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Зазначена поведінка, передую-

ючи впливу на уповноважену особу, засвідчує, що згідно з ч. 1 ст. 369-2 КК злочином визнається підкуп іншої особи – суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті КК.

Дії особи, яка пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, та особи, яка зголошується вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тісно пов'язані між собою і впливають на визначення моменту закінчення розглядуваного злочину. Так, при пропозиції (обіцянці) неправомірної вигоди злочин, передбачений ч. 1 ст. 369-2 КК, вважається закінченим з моменту доведення цієї пропозиції (обіцянки) до відома особи-посередника – за умови, що останній або сам ініціює надання неправомірної вигоди за вплив на уповноважену особу, або у відповідь на пропозицію (обіцянку) особи, яка пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, погоджується вплинути на уповноважену особу. Якщо ж зазначеної згоди не досягнуто, пропозиція (обіцянка) неправомірної вигоди має розцінюватись як замах на злочин і кваліфікуватись за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 369-2 КК. При наданні неправомірної вигоди злочин буде закінченим з моменту передачі обумовленої неправомірної вигоди (або хоча б її частини). Пропозиція (обіцянка) неправомірної вигоди, поєднана з подальшим замахом на надання неправомірної вигоди, кваліфікується як закінчений злочин за ч. 1 ст. 369 КК. Невдала спроба надання неправомірної вигоди, не впливаючи в цьому разі на кваліфікацію, враховується при призначенні покарання як обставина, що характеризує ступінь тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Ст. 369-2 КК не конкретизує характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, у зв'язку з чим складається враження, що це може бути не лише умовляння та його різновиди (прохання, переконання, порада, обіцянка тощо), а і будь-яка інша дія, спроможна неправомірно внести корективи в процес ухвалення рішення згаданою особою. Наприклад, А. Савченко та О. Кришевич, з'ясовуючи зміст впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, пишуть, що цей вплив може бути здійснений і забороненим способом (йдеться про застосування фізичного та психічного насильства) [10, с. 891; 11, с. 141]. Так само вважає В. Тютюгін [12, с. 838]. Раніше викладену позицію займав і автор цих рядків [13, с. 488].

Наразі вважаю, що на питання про можливість визнання впливом, згаданим у ст. 369-2 КК, поведінки на кшталт погроз і фізичного насильства треба давати негативну відповідь. Виходжу з того, що таке широке розуміння впливу суперечить як етимології слів «зловживання впливом», використаних у назві ст. 369-2 КК, так і основній ідеї криміналізації зловживання впливом як прояву «фонові» корупції, відображеній у міжнародно-правових документах, у порядку імплементації яких з'явилась аналізована кримінально-правова заборона. З антикорупційних конвенцій випливає, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або навіть удаваний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, так би мовити, міняє цей вплив на неправомірну вигоду, що надається тим, хто бажає скористатися цим впливом.

Такої ж точки зору дотримується К. Задоя, який пише, що у випадку віднесення до числа форм впливу тих із них, які спрямовані на пригнічення волевиявлення особи (застосування насильства, погроз, шантажу тощо), втрачається логіка криміналізації зловживання впливом як окремого типу суспільно небезпечної поведінки, адже таким впливом не можна зловживати у власному розумінні цього слова [2, с. 63]. Справді, у випадках погроз вбивством, знищенням або пошкодженням майна, шантажування і навіть видання наказу (розпорядження) вести мову про «зловживання впливом» і, тим більше, про «торгівлю впливом» явно недоречно. Разом з тим якщо особа пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду «торговцю впливом», схилаючи його при цьому здійснити вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом вчинення певного злочину, дії такої особи за наявності підстав потребують додаткової кваліфікації як підбурювання до вчинення того чи іншого злочину (маються на увазі, наприклад, статті 343, 344, 364, 376 КК).

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, характеризується альтернативними діями у вигляді: 1) прийняття пропозиції (обіцянки) надання неправомірної вигоди; 2) її одержання; 3) пропозиції здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, за надання неправомірної вигоди; 4) обіцянки здійснити вказаний вплив за надання такої вигоди.

Під пропозицією здійснити вплив за надання неправомірної вигоди слід розуміти висловлення в усній або письмовій формі недвозначного наміру (бажання, готовності) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, за умови надання неправомірної вигоди на користь як її одержувача, так і третіх осіб, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави. У цій частині злочин, передбачений ч. 2 ст. 369-2 КК, є закінченим з моменту доведення пропозиції (обіцянки) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, до іншої особи незалежно від того, як остання відреагувала на таку пропозицію (обіцянку). Результативна пропозиція (обіцянка) здійснити вплив фактично є підбурюванням до надання неправомірної вигоди для здійснення впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а тому додаткової кваліфікації за ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 369-2 КК не потребує.

Каране за ч. 2 ст. 369-2 КК прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди є закінченим злочином, коли особа, яка погоджується вчинити вплив, у будь-якій формі висловила згоду на прийняття неправомірної вигоди за здійснення впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. При одержанні неправомірної вигоди злочин буде закінченим з моменту фактичного одержання такої вигоди (хоча б її частини) особою, яка погоджується вчинити вплив на того, хто уповноважений на виконання функцій держави.

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 369-2 КК незалежно від того, коли був здійснений вплив (до чи після одержання неправомірної вигоди), чи мав місце такий вплив і чи планувала особа-посередник здійснювати відповідний вплив.

Так, Перечинський районний суд Закарпатської області за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив помічника судді Ужгородського міськрайонного суду, який, пообіцявши посприяти у винесенні суддею рішення на користь місцевого мешканця щодо повернення йому автомобіля, вилученого працівниками митниці за порушення митних правил, одержав від цієї особи 5 тис. доларів США [14].

Так само за ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував Миколаївський районний суд Львівської області дії помічника голови Сколівського районного суду Львівської області, яка від представника позивача одержала неправомірну вигоду у розмірі 2,5 тис. доларів США за вплив на прийняття виконувачем обов'язки голови вказаного суду рішення на користь позивача у цивільній справі за позовом про стягнення боргу за борговою розпискою та накладення арешту на майно відповідача [15].

Таку ж кримінально-правову оцінку дав Тернопільський міськрайонний суд діям доцента кафедри податків та фіскальної політики Тернопільського національного економічного університету, який одержав від зацікавленої особи неправомірну вигоду у вигляді 1100 доларів США за пришвидшення розгляду документів приймальною комісією і вплив на членів екзаменаційної комісії з метою успішного проведення усної співбесіди, необхідної для вступу на третій курс економічного факультету вказаного університету [16].

Та обставина, що безпосередньо сам вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, значення для кваліфікації за ст. 369-2 КК не має (він знаходиться поза межами складів злочину, описаних у різних частинах цієї статті), певною мірою не узгоджується з її назвою. Фактично у ст. 369-2 КК йдеться про поведінку, що передую впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави.

Тут доречно нагадати, що попередня редакція розділу XVII Особливої частини КК містила аналогічну з досліджуваною заборону – ст. 369-1 КК «Зловживання впливом». Аналізуючи останню, В. Тютюгін відзначав, що саме зловживання таким впливом і повинно каратися за цією нормою. Однак назва цієї статті КК зовсім не відповідає змісту її диспозиції, оскільки з усіх її частин вбачається, що відповідальність за ст. 369-1 КК тягне не здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, а пропозиція, надання чи одержання неправомірної вигоди як умови здійснення такого впливу. Що ж стосується способу здійснення самого впливу, діянь, що складають його зміст, наслідків їх вчинення, характеру рішення (законне чи незаконне), прийнятого особою, на яку здійснюється такий вплив, – усе це знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину. Таким чином, сам по собі вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, жодним чином не карається за ст. 369-1 КК, хоча назва цієї норми говорить про інше [17].

Сказане, як відзначалось вище, стосується співвідношення назви та диспозицій і чинної редакції статті КК, присвяченої зловживанню впливом. Разом з тим слід мати на увазі, що кваліфікація дій особи, яка одержує неправомірну вигоду (приймає відповідну пропозицію, обіцянку), залежить від того, яким чином вона планує впливати або здійснює вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Зокрема, фактичне здійснення впливу, якщо у ньому вбачається склад іншого злочину, потребує додаткової кваліфікації за статтями 343, 344, 364, 376 КК. Якщо внаслідок впливу на уповноважену особу остання вчинила той чи інший злочин, дії особи-посередника мають, крім ч. 2 ст. 369-2 КК, кваліфікуватись як підбурювання до цього злочину. Сама ж особа, уповноважена на виконання функцій держави, у випадку вчинення нею злочину в результаті здійснення на неї впливу підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

Караний за ч. 2 ст. 369-2 КК вплив, який особа пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може бути зумовлений у тому числі довірчими, родинними, близькими і дружніми стосунками цієї особи з тим, хто уповноважений на виконання функцій держави. Таку думку висловлює Н. Кочерова, яка водночас уточнює, що відповідний вплив не може бути зумовлений владою чи службовим становищем особи-посередника [18, с. 5]. Відтворюється ця думка і в одному з науково-практичних коментарів КК [19, с. 416].

Зроблене уточнення вважаю проявом обмежувального тлумачення кримінального закону (про це йтиметься нижче), однак загалом із підходом Н. Кочерової слід погодитись. На підтвердження цього наведу висловлювання дореволюційного вченого Є. Васьковського про те, що при тлумаченні кримінального закону

доцільно виходити з такої презумпції: законодавець сказав те, що хотів сказати, якщо не виявлена очевидна помилка його волевиявлення; якби нормі передбачалось надати інший смисл, вона була б сформульована ясніше [20, с. 338]

Вироком Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області за ч. 3 ст. 369-2 КК було засуджено генерального директора ТОВ «Комунальник-Нікополь», яке надавало послуги з утримання будинків, споруд і прибудинкових територій у м. Нікополі. Від підприємця, який мав намір отримати в оренду нежитлове приміщення для ведення своєї підприємницької діяльності, ця службова особа одержала неправомірну вигоду, переконавши підприємця в тому, що вона має знайомих у керівництві виконавчого комітету Нікопольської міської ради, до повноважень яких входить передача комунального майна в оренду, і що її знайомства достатньо для вирішення питання про надання або відмову в наданні підприємцю в оренду нежитлового приміщення. При цьому допитані в судовому засіданні члени виконкому Нікопольської міської ради, а також члени комісії міської ради з питань передачі в оренду майна одностайно заявили, що з приводу оренди вказаного нежитлового приміщення до них ніхто не звертався [21].

У діях засудженого вбачаються ознаки складу злочину «зловживання впливом», у зв'язку з чим із кваліфікацією цих дій судом за ст. 369-2 КК загалом слід погодитись (сумніви виникають лише в частині інкримінування вимагання як обтяжуючої обставини, про що докладніше йтиметься нижче). Наведений приклад із судової практики спонукає нагадати, що в Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією у контексті криміналізації зловживання впливом говориться про осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого професійного становища або соціального статусу. Видається, що засуджений за зловживання впливом генеральний директор ТОВ «Комунальник-Нікополь» належить до числа таких осіб. Разом з тим про родинні, дружні чи інші подібні стосунки між людьми, позбавлені, так би мовити, професійного чи соціального навантаження, у згаданому джерелі нічого не говориться. Виходить, що і з питання про характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, можемо констатувати невідповідність тексту досліджуваної кримінально-правової заборони «духу» відповідного міжнародно-правового документа, на виконання положень якого ст. 369-2 з'явилась у КК.

Очевидно і те, що охоплення поняттям впливу з погляду кваліфікації за цією статтею КК використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, не повністю узгоджується із законодавчим визначенням поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції»). Викладене, крім усього іншого, вказує на помилковість беззастережного віднесення злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, до числа корупційних (примітка до ст. 45 КК).

Згаданий у ст. 369-2 КК вплив, на мій погляд, може полягати і в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу в широкому розумінні вказаного поняття, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт «пасивного» зловживання впливом) вчинити не може. Вважаю за доречне звернутись тут до матеріалів справи сумнозвісного «колядника» І. Зварича, аналіз яких здійснювався за зверненням його адвоката автором цих рядків як фахівцем у галузі кримінального права і членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді України (далі – ВСУ).

Нагадаю, що вироком Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 р. І. Зварича було засуджено, зокрема, за ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК за те, що він, обіймаючи протягом 2007–2008 рр. посаду голови Львівського апеляційного адміністративного суду і використовуючи фактичні можливості свого службового становища, неодноразово одержував хабарі у великих та особливо великих розмірах за виконання чи невиконання в інтересах третіх осіб дій під час відправлення судочинства в очолюваному ним суді. Правильність такої кваліфікації дій засудженого підтвердили Апеляційний суд м. Києва (ухвала від 30 березня 2012 р.) і колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ухвала від 6 листопада 2012 р.). У заяві адвоката про перегляд ВСУ вказаних ухвал ставилось, серед іншого, питання про перекваліфікацію дій засудженого І. Зварича з інкримінованої йому ст. 368 КК «Одержання хабара» на ст. 369-2 КК «Зловживання впливом».

Одна з ключових проблем, пов'язаних із кваліфікацією дій І. Зварича, зводилась до розуміння використаного в попередніх редакціях ст. 368 КК звороту «за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища». Позначена проблема не є новою для кримінально-правової науки. Частина дослідників виступала за обмежувальне тлумачення поняття «використання службового становища» в складі злочину «одержання хабара», розуміючи під ним лише використання службових повноважень, вчинення діянь, обумовлених виключно службовою компетенцією хабароодержувача. Проте переважна більшість науковців обстоювала так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара і, не зводячи його до діянь у межах службової компетенції, включала в це поняття використання службовою особою свого службового

авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. При цьому увага зверталась, зокрема, на те, що жодна службова особа не уповноважується на перевищення службових повноважень, на вчинення інших незаконних і, тим більше, злочинних діянь. У разі ж сприйняття вузького розуміння використання службового становища (діяння, зумовлені виключно службовою компетенцією особи) випадки отримання майнових винагород за незаконні діяння по службі не будуть охоплюватись складом одержання хабара, що вважалось неправильним. Адже незаконне використання особою свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою, є не менш суспільно небезпечним, ніж діяння в межах службової компетенції [22, с. 33–35; 23, 85–86].

Саме такий підхід традиційно сприймався судовою практикою, у тому числі на рівні роз'яснень Пленуму ВСУ. Цим і пояснюється наявність у п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснення, згідно з яким відповідальність за одержання хабара настає і в тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. Зроблю застереження: посилання на цю постанову Пленуму ВСУ на сьогодні можуть бути визнані доречними за умови, що наведені в ньому роз'яснення не суперечать істотно (щоб не сказати – кардинально) оновленому протягом останніх п'яти років законодавству України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері службової діяльності.

У межах викладеної вище усталеної правової позиції і теоретики, і практики виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи).

До речі, саме така позиція знайшла безпосереднє втілення в ст. 290 КК РФ, згідно з якою відповідальність за одержання хабара має наставати у випадку одержання службовою особою майна або вигід майнового характеру за дії (бездіяльність), зокрема, якщо останні входять у службові повноваження службової особи, або якщо вона в силу службового становища може сприяти таким діям (бездіяльності). У коментарі до ст. 290 КК РФ Б. Волженкін пише, що службове становище суб'єкта визначають не лише його юридичні можливості, пов'язані з колом прав та обов'язків службової особи, а і фактичні можливості, які випливають з авторитету і значущості займаної посади та службових (а не особистих) зв'язків службової особи [24, с. 172–173].

За таких обставин правильність кваліфікації скоєного І. Зваричем саме як одержання хабара на момент інкримінування йому ст. 368 КК сумнівів не викликала. Адже особи, які передавали незаконні майнові винагороди йому як голові Львівського апеляційного адміністративного суду, розраховували на те, що він, використовуючи в їх інтересах можливості свого службового становища, відповідним чином вплине на суддів очолюваного ним суду при прийнятті останніми процесуальних рішень. Усвідомлював цю обставину і керівник суду, який був представником влади і, відповідно, службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття. Тому слід погодитись із твердженням, наведеним у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 25 квітня 2013 р. у справі щодо І. Зварича, про те, що засуджений, будучи службовою особою, одержував хабарі, використовуючи фактичні можливості свого службового становища як голови суду. Посилання засудженого на те, що він не вчинив дій в інтересах хабародавців, до уваги прийматись не повинні і на кваліфікацію одержання хабара на впливають, оскільки поведінка хабароодержувача по службі (виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади чи службового становища) знаходиться поза межами складу злочину «одержання хабара».

Однак викладений підхід не враховує змін в антикорупційному законодавстві. Поява в КК заборони, присвяченої зловживанню впливом, поставило питання про доречність широкого тлумачення поняття «використання службового становища», вжитого в ст. 368 КК (включаючи її чинну редакцію), і розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК. В юридичній літературі ці питання вирішуються суперечливо.

Вище вже наводився підхід Н. Кочерової, близьким до якого є висловлювання М. Хавронюка про те, що з об'єктивної сторони кримінальні правопорушення, передбачені розділом XVII Особливої частини КК (за винятком, зокрема, зловживання впливом), характеризуються вчиненням діяння з використанням влади чи службового становища всупереч інтересам служби або інтересам юридичної особи приватного права [25, с. 769]. На мій погляд, питання про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК, найбільш вдало вирішують П. Андрушко і В. Киричко, які ґрунтують свої міркування в тому числі на відповідних міжнародно-правових документах – Кримінальній конвенції РЄ про боротьбу з корупцією (ст. 12) і Конвенції ООН проти корупції (ст. 18).

Так, П. Андрушко висловив думку про те, що законодавець з усіх форм одержання хабара вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання

хабара (наразі – неправомірної вигоди) за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для хабародавця (третьої особи), які сам одержувач хабара (неправомірної вигоди) вчинити не може. Як наслідок, має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка має вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. Відповідно, злочинні дії, свого часу інкриміновані І. Зваричу, виокремлені законодавцем у самостійний склад злочину (ч. 2 ст. 369-2 КК), за який передбачено більш м'яку (порівняно зі ст. 368 КК) кримінальну відповідальність [26].

Подібним чином розмірковує В. Киричко, на переконання якого суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може виступати лише той, хто здатен впливати на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями (обумовлених такими повноваженнями). Формулювання «з використанням наданої їй влади чи службового становища», зазначене в ст. 368 КК, здатне охопити і «службовий вплив» (вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями). Слова «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво, по суті позначають той службовий вплив, який, починаючи з моменту набрання чинності ЗУ від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», виділений в спеціальну норму – ч. 2 ст. 369-2 КК. Отже, склади злочину, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК, є спеціальними щодо складів злочину, передбаченого ст. 368 КК [1, с. 237, 245–246]. Про таке саме співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК, ведуть мову і дослідники з Національної академії прокуратури України [27, с. 79; 28, с. 179].

Узагальнюючи викладене, роблю висновок про те, що в цій частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка, як відомо, повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. На користь зробленого висновку вказують і пп. 65, 66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, де говориться таке: відмінність між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить учинити дію або утриматися від дії, як би це належало зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну вчинити потрібну дію (або втриматися від її учинення). Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

З урахуванням наведених міркувань і ч. 4 ст. 5 КК, присвяченої дії проміжного кримінального закону, мною була сформульована ствердна відповідь на питання адвоката засудженого про те, чи вбачаються підстави для перекваліфікації дій І. Зварича зі ст. 368 КК (у редакції ЗУ від 5 квітня 2011 р.) на ст. 369-2 КК (у редакції ЗУ від 7 квітня 2011 р.). Вважаю, що кримінально-правова норма, яка передбачена в ч. 2 ст. 369-2 КК і диспозицією якою наразі охоплюється вчинене І. Зваричем, повинна була мати зворотню дію в часі як закон, що пом'якшив кримінальну відповідальність, тобто поширюватись на діяння, вчинені до 1 липня 2011 р. (момент набрання чинності ЗУ від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»). Постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 18 грудня 2014 р. у задоволенні скарги захисника І. Зварича було відмовлено на тій підставі, що аналіз відповідних рішень суду касаційної інстанції засвідчив про відсутність даних про неоднаковість у застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Інакше кажучи, ВСУ (можна лише здогадуватись, чому) фактично самоусунувся від розгляду по суті питання про правильність кваліфікації злочинних дій І. Зварича у світлі оновленого антикорупційного законодавства.

Разом з тим вивчення матеріалів судової практики показує, що положення про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК як загальної і спеціальної кримінально-правових норм сприймається правозастосувачами.

Так, Жовківський районний суд Львівської області за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив старшого державного інспектора відділу митного оформлення № 2 митного поста «Рава-Руська» Львівської митниці, який протягом вересня-жовтня 2015 р. неодноразово одержував неправомірні вигоди у вигляді грошей за здійснення ним впливу на осіб, які працюють на митному посту «Скнилів», щодо пришвидшення оформлення митних документів і зниження вартості розмитнення транспортних засобів. Суд, визнаючи митного інспектора винуватим в одержанні неправомірної вигоди для себе за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, обґрунтував своє рішення, зокрема, тим, що підсудний був у змозі здійснювати незаконний вплив на працівників митного поста «Скнилів» щодо митного оформлення автомобілів і зниження їх митної вартості, виходячи із займаної ним посади та його тривалих службових стосунків з працівниками цього митного поста [29].

Фрагменти з вироку, наведені вище, видаються вельми показовими в тому сенсі, що за відсутності в КК кримінально-правової заборони, спеціально присвяченої зловживанню впливом, дії митника-корупціонера

відповідно до ст. 368 КК розцінювалися б як традиційне одержання хабара (наразі – неправомірної вигоди). Це саме можна сказати і про: засудженого вироком Тернопільського міськрайонного суду за ч. 2 ст. 369-2 КК слідчого міліції, який отримав від громадянина неправомірну вигоду за обіцянку вплинути на посадових осіб УМВС України в Тернопільській області з тим, щоб пришвидшити виготовлення довідки про несудимість цього громадянина [30]; засудженого вироком того самого суду за ч. 2 ст. 369-2 КК депутата міської ради, який одержав неправомірну вигоду за допомогу у працевлаштуванні особи на посаду лікаря в один із комунальних закладів охорони здоров'я [31]; засудженого вироком Чортківського районного суду Тернопільської області за ч. 2 ст. 369-2 КК сільського голову, який одержав неправомірну вигоду за вплив на депутатів сільської ради щодо позитивного голосування ними за рішення про надання підприємцю в оренду частини приміщення адміністративної будівлі [32]; засудженого вироком Долинського районного суду Івано-Франківської області за ч. 2 ст. 369-2 КК начальника відділу містобудування та архітектури Долинської райдержадміністрації, який одержав неправомірну вигоду за вплив на прийняття сільським головою рішення про виділення та передачу у власність підприємцю земельної ділянки, розташованої на території сільської ради, а також за обіцяне сприяння у виготовленні документів стосовно будівництва на цій земельній ділянці і підведення комунікацій [33]; засудженого вироком Ізюмського міськрайонного суду Харківської області за ч. 2 ст. 369-2 КК заступника начальника райвідділу – начальника кримінальної міліції Ізюмського райвідділу ГУМВС України в Харківській області, який від особи, котра займалась гральним бізнесом, отримав неправомірну вигоду за здійснення впливу на керівництво райвідділу міліції і міжрайонної прокуратури щодо невтручання у вказану нелегальну підприємницьку діяльність і не проведення відповідних перевірок [34]; засудженого вироком Дергачівського районного суду Харківської області за ч. 2 ст. 369-2 КК головного державного інспектора аналітично-пошукового відділу управління аналізу ризиків та протидії митним правопорушенням Харківської митниці, який одержував неправомірні вигоди за вплив на заступника начальника оперативного управління митниці з метою забезпечення безперешкодного перетинання автомобілями, які перевозили паливо з порушеннями законодавства, державного кордону України у пункті пропуску «Гоптівка» [35]; засудженого вироком Берегівського районного суду Закарпатської області за ч. 2 ст. 369-2 КК мисливствознавця державного підприємства «Берегівське лісове господарство», який одержував неправомірні вигоди від зацікавлених громадян за вплив із використанням свого службового становища на службових осіб Закарпатського обласного управління лісового та мисливського господарства та сприяння в оформленні та видачі посвідчень мисливця і контрольних карток обліку добутої дичини та порушення правил полювання [36].

За ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував Шевченківський районний суд м. Чернівців дії головного архітектора Чернівецької області – начальника управління регіонального розвитку, містобудування та архітектури Департаменту інфраструктури, містобудування, архітектури та житлово-комунального господарства Чернівецької обласної державної адміністрації, який одержав неправомірну вигоду у вигляді талонів на бензин, національної та іноземної валюти за те, що посприяв приватному підприємцю у погодженні документації, необхідної для розміщення конструкцій зовнішньої реклами, та в отриманні дозволів на розміщення цих конструкцій. Не дивлячись на те, що ні головний архітектор Чернівецької області, ні працівники очолюваного ним управління облдержадміністрації не мали повноважень на видачу відповідної дозвільної документації (це – компетенція певних відділів райдержадміністрацій і виконавчих комітетів сільських рад), вказана службова особа пообіцяла і врешті-решт змогла схилити начальника відділу містобудування, архітектури, інфраструктури та житлово-комунального господарства Кельменецької райдержадміністрації прийняти рішення, потрібне для зацікавленого у розміщенні рекламних конструкцій приватного підприємця. Останній, сприймаючи головного архітектора Чернівецької області як представника влади та усвідомлюючи, що останній в силу своїх службових повноважень, авторитету та стосунків з керівництвом Кельменецької райдержадміністрації зможе потрібним чином вплинути на згаданого чиновника, надав обумовлену неправомірну вигоду [37].

Погоджуючись з тим, що в цьому разі мало місце саме зловживання впливом і що суд, вирішуючи питання про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК, правильно надав перевагу останній як спеціальній кримінально-правовій нормі, водночас зауважу, що за відсутності в КК складу злочину «зловживання впливом» описані дії головного архітектора Чернівецької області могли б безпроблемно бути кваліфіковані за відповідною частиною ст. 368 КК як одержання неправомірної вигоди службовою особою. Наведений приклад також дозволяє поставити під сумнів правильність позиції законодавця, який за одержання неправомірної вигоди (прирівняні до нього дії) за вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями, встановив менш суворе покарання порівняно зі злочином, передбаченим ст. 368 КК. До речі, необхідність такої диференціації кримінальної відповідальності за корупційні діяння не впливає з текстів антикорупційних конвенцій.

Ті посередники, які отримують неправомірні вигоди за вплив на тих, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і не є при цьому службовими особами та особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, за відсутності в КК ст. 369-2 могли б нести кримінальну відповідальність залежно від обставин вчиненого на підставі ст. 354 КК (формулювання ч. 3 цієї статті КК «...з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, установі чи організації...»

є таким же широким, як і формулювання ч. 1 ст. 368 КК «з використанням наданої їй влади чи службового становища...») або за співучасть у вчиненні корупційного злочину, вчиненого особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Другий варіант кримінально-правової оцінки (зокрема, за умови уточнення передбаченого ч. 5 ст. 27 КК визначення поняття пособника у злочині) був би прийнятним і щодо тих суб'єктів «пасивного» зловживання впливом, які при висуненні відповідних пропозицій (обіцянок) виступають як приватні особи. До речі, такі результативні пропозиції (обіцянки) могли б за наявності підстав розцінюватись як підбурювання до злочинного надання неправомірної вигоди.

Після вивчення матеріалів судової практики складається враження (можливо, воно є хибним), що завдяки існуванню досліджуваної кримінально-правової заборони зусилля правоохоронців на сьогодні зосереджуються на «фоновій» корупції – на шкоду викриттю корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зв'язок яких із тими, хто засуджується за «пасивне» зловживання впливом, як правило, не встановлюється. Цьому не в останню чергу сприяє поширення практики укладання угод про визнання винуватості у розглядуваній категорії кримінальних проваджень.

Показовим у цьому сенсі є вирок Дзержинського районного суду м. Харкова, яким за ч. 2 ст. 369-2 КК було засуджено фізичну особу. Остання, діючи з корисливих мотивів і запропонувавши іншій фізичній особі, зацікавленій у вирішенні питань щодо підготовки документації на земельні ділянки, здійснити відповідний вплив на осіб, уповноважених на виконання функцій держави, отримала неправомірну вигоду у вигляді національної та іноземної валюти. При цьому одержувач неправомірної вигоди заявив тому, хто надав їй, що частина грошей (12 тис. грн.) призначається для посадових осіб управління державного земельного агентства за прийняття ними відповідних рішень і видачу документів, необхідних для узаконення земельних ділянок [38].

Затвердивши угоду про визнання винуватості, укладену між прокурором і підозрюваним, суд (хоча, зрозуміло, що відповідна претензія має передусім адресуватись органу досудового розслідування) не визнав за потрібне з'ясувати, чи відповідала дійсності вказана заява, а якщо так, то яким має бути кримінально-правове реагування на корупційну поведінку осіб, уповноважених на виконання функцій держави, яким планувалось передати певні грошові суми.

Подібні зауваження можна зробити і щодо: 1) вироку Личаківського районного суду м. Львова, який за ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував дії суб'єкта, який з вересня 2012 р. по вересень 2013 р. неодноразово одержував від одного громадянина певні грошові суми, стверджуючи, що для вирішення питання про отримання цим громадянином відповідної групи інвалідності необхідно передати незаконні винагороди в різних сумах посадовим особам військово-лікарської комісії Західного регіону та МСЕК [39]; 2) ухвали Апеляційного суду Тернопільської області, якою було підтверджено правильність засудження за ч. 2 ст. 369-2 КК директора ПП «Природний дар», який одержав неправомірну вигоду за вплив на знайомого нотаріуса з метою прийняття останнім на користь фізичної особи позитивного рішення щодо термінового оформлення та посвідчення правовстановлюючого документа для набуття права власності на квартиру померлої матері. При цьому з матеріалів кримінальної справи випливає, що надані гроші (4 тис. євро) призначались не лише безпосередньо для одержувача неправомірної вигоди, засудженого за зловживання впливом, а і для нотаріуса, який мав внести у відповідні офіційні документи завідомо неправдиві відомості [40].

Вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області за ч. 2 ст. 369-2 КК був засуджений заступник директора автошколи, який від кількох її слухачів одержав неправомірні вигоди у розмірі 800–1000 грн. кожна за вплив на працівників Центру надання послуг, пов'язаних з використанням автотransпортних засобів, з обслуговування м. Луцька, Луцького, Ківерцівського, Рожищенського районів УДАІ УМВС України у Волинській області для прийняття цими працівниками позитивних рішень щодо складання іспитів зі знання Правил дорожнього руху та отримання посвідчень водія [41]. Після ознайомлення з цим вироком також виникають питання, якими суд, обмежившись затвердженням угоди про визнання винуватості, укладеної між прокурором і підозрюваним, не переймався, а саме, який характер мав (повинен був мати) вплив одержувача неправомірної вигоди на вказаних осіб, уповноважених на виконання функцій держави, і чи не призначались (принаймні частково) гроші, надані слухачами автошколи, для працівників Центру надання послуг, пов'язаних з використанням автотransпортних засобів.

Відповідальність за одержання неправомірної вигоди (прирівняні до нього дії) у межах розділу XVII Особливої частини КК передбачена не лише ст. 368, а і ст. 368-3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» і ст. 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», у зв'язку з чим постає питання про відмежування передбачених і цими статтями складів корупційних злочинів від зловживання впливом.

В юридичній літературі з цього приводу можна прочитати, що якщо посередник, який обіцяє здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, є службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція чи надання йому, а також одержання ним неправомірної вигоди за такий

вплив, здійснений з використанням наданих йому повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за відповідними частинами ст. 368-3 і ст. 368-4 КК [12, с. 838; 42, с. 153].

Протилежний підхід полягає в тому, що питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368-3 (ст. 368-4) і ст. 369-2 КК (як і у випадку зі ст. 368 і ст. 369-2 КК), має вирішуватись відповідно до правила про конкуренцію між загальною і спеціальною нормами, оскільки надання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення є окремим випадком підкупу [28, с. 179–180].

Якщо виходити з того, що суб'єктом описаного в ч. 2 ст. 369-2 КК зловживання впливом може бути будь-яка особа, включаючи службову особу та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (докладніше проблема суб'єкта зловживання впливом розглядається нижче), то з другим із викладених підходів загалом варто погодитись. Єдине застереження зумовлене використанням у диспозиціях ст. 368-3 і ст. 368-4 КК звороту «з використанням наданих їй повноважень», який, на мою думку, поширювальному тлумаченню не підлягає. Такий підхід, як стверджує М. Хавронюк (стосовно ст. 364-1 КК, в якій, щоправда, також йдеться про зловживання повноваженнями), відповідає принципу верховенства права, змістом якого є правова визначеність, і принципу законності, відповідно до якого застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено (ч. 4 ст. 3 КК) [44, с. 1055].

Отже, поведінка, за яку службова особа юридичної особи приватного права (особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг) одержує неправомірну вигоду, повинна обмежуватись діями в межах компетенції суб'єкта і виключати можливість використання ним свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою (здійснюваною діяльністю). У цьому вбачається одна з відмінностей складів злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368-3 і ч. 3 ст. 368-4 КК, від караного за ч. 1 ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди «публічною» службовою особою. Але ж і службові особи юридичних осіб приватного права в силу займаних посад можуть за неправомірні вигоди чинити вплив на осіб, не підпорядкованих їм по службі. Фактично ми маємо справу з прогалиною у кримінальному законі, зумовленою використанням не до кінця продуманої термінології. З огляду на сказане і ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції», зворот «з використанням наданих їй повноважень» у диспозиціях ч. 1 і ч. 3 ст. 368-3 КК доцільно замінити словосполученням «з використанням наданих їй повноважень або обумовлених ними можливостей».

Наразі не пов'язаний з використанням наданих їй повноважень вплив з боку службової особи юридичної особи приватного права (особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг) на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (фактичний вплив, спроможний викликати прийняття уповноваженою особою незаконного рішення), не може розцінюватись як різновид підкупу, передбаченого ст. 368-3 або ст. 368-4 КК. А це означає, що співвідношення складів злочинів, описаних вказаними статтями КК, з одного боку, і зловживання впливом, з іншого, не повністю «вписується» в кримінально-правову ситуацію, описувану як конкуренція загальної і спеціальної норм, хоча на остаточний висновок про пріоритет у розглядуваній ситуації ст. 369-2 КК це, вочевидь, не впливає. В. Киричко також вважає, що ст. 369-2 КК не конкурує зі статтями 368-3 і 368-4 КК, оскільки в останніх ідеться про зловживання зазначеними особами своїми службовими повноваженнями, а в ст. 369-2 КК – про зловживання можливостями, пов'язаними зі службовими повноваженнями (обумовленими ними) [44, с. 45].

Завершуючи аналіз об'єктивних ознак зловживання впливом, зазначу, що в ст. 369-2 КК йдеться про вплив на прийняття рішення, належного до компетенції не одержувача неправомірної вигоди (посередника), а третьої особи (особи, уповноваженої на виконання функцій держави). Якщо особа одержує неправомірну вигоду (приймає її пропозицію чи обіцянку) за рішення, прийняття якого входить до її компетенції, вчинене не утворює складу злочину «зловживання впливом» і залежно від суб'єкта має кваліфікуватись за відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК. Звернемось до матеріалів судової практики.

За ч. 3 ст. 369-2 КК кваліфікував Тернопільський міськрайонний суд дії голови правління гаражного кооперативу «Промінь», який від двох громадян, котрі звернулись до нього з питанням щодо виділення їм у власність земельних ділянок для будівництва гаражів на території кооперативу, одержав від них неправомірну вигоду у вигляді 3 тис. доларів США. Як зазначено у вироку, гроші ця службова особа одержала за вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, – головного спеціаліста відділу земельних ресурсів Тернопільської міської ради, який займається підготовкою проекту рішення міської ради про затвердження проекту землеустрою щодо відведення у власність земельних ділянок для будівництва гаражів (на підставі цього документа особам передаються у власність земельні ділянки для будівництва гаражів) [45].

На мій погляд, у діях голови правління гаражного кооперативу вбачаються ознаки складу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368-3 КК, адже ця службова особа юридичної особи приватного права шляхом вимагання одержала неправомірну вигоду за вчинення дій з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надав неправомірну вигоду. Річ у тім, що зацікавлені громадяни з питання щодо виділення їм у власність земельних ділянок для будівництва гаражів на території певного кооперативу мали звертатись до його керівника, що вони і зробили. Як зазначено у вироку, голова гаражного кооперативу «Промінь» як керівник

юридичної особи відповідно до його статуту був уповноважений вирішувати питання прийняття і виключення членів кооперативу, розподілу земельних ділянок між членами кооперативу, а також вирішувати без доручення всі питання в стосунках з державними органами та іншими установами, організаціями. З цього випливає, що голова кооперативу, одержавши неправомірну вигоду за дії з використанням наданих повноважень, вчинив «пасивний» підкуп службової особи юридичної особи приватного права, а не «пасивне» зловживання впливом.

З'ясування співвідношення зловживання впливом зі складами інших корупційних злочинів ускладнюється через законодавчу невизначеність щодо кола осіб, спроможних, виступаючи такими собі посередниками, нести кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а так само за пропозицію чи обіцянку здійснити вплив за надання такої вигоди. Якщо суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК, – загальний, то щодо суб'єкта зловживання впливом, караного за ч. 2 ст. 369-2 КК, такої однозначності не спостерігається, у зв'язку з чим можливі різні тлумачення цієї ознаки складу злочину.

Так, П. Андрушко, В. Киричко, деякі інші науковці визнають службовою особою суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, а Л. Брич, В. Тютюгін, К. Задоя, А. Савченко та О. Кришевич – ні. Зокрема, вчинення відповідних діянь службовою особою з використанням службового становища (за винятком, коли конкретний прояв впливу передбачено спеціальною нормою, наприклад, ч. 2 ст. 376 КК) Л. Брич пропонує кваліфікувати за ст. 364 КК [43, с. 1090]. На думку В. Тютюгіна, дії службової особи – посередника (залежно від того, йдеться про «службову особу публічного права» чи «службову особу приватного права») мають кваліфікуватись за ст. 368 або ст. 368-3 КК [12, с. 838]. Якщо раніше А. Савченко та О. Кришевич стверджували, що суб'єктом зловживання впливом є «будь-яка особа, в тому числі і службова особа як публічного, так і приватного права» [42, с. 153] (треба так розуміти, що сказане стосувалось і ч. 2 ст. 369 КК), то наразі вказані автори, фактично приєднавшись до точки зору В. Тютюгіна, зазначають, що особи, які вчиняють злочини, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2, не мають статусу службової особи. Дії посередника – службової особи пропонується кваліфікувати за ст. 368 або ст. 368-3 КК, а того, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, – за ст. 368-4 КК [10, с. 891–892; 11, с. 142–143]. Називаючи підхід В. Тютюгіна найбільш прийнятним, К. Задоя стверджує, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, є особа, яка не використовує становище працівника підприємства, установи, організації, владу, службове становище службової особи або повноваження особи, яка надає публічні послуги [2, с. 61–62].

Натомість В. Киричко, як вже зазначалось, з урахуванням системних зв'язків ст. 369-2 КК з іншими статтями КК, а також приписів міжнародних конвенцій, імплементованих у цій статті, послідовно наполягає на тому, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, можуть визнаватись лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими становищем, повноваженнями в їх широкому розумінні (обумовлених такими повноваженнями). Це – тільки службові особи та особи, які надають публічні послуги. Вчинення ж дій, вказаних у ч. 2 ст. 369-2 КК, іншою особою, стверджує вчений, не характеризується суспільною небезпекою, притаманною злочину, а тому не може тягнути кримінальну відповідальність [1, с. 227–261; 44, с. 40–46]. Щоправда, судовою практикою теза про звернення в цьому разі до норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК) не підтримується.

Так, за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив Тернопільський міськрайонний суд Тернопільської області секретаря-стенографіста першої категорії, яка, працюючи в одному з тернопільських вишів та маючи дружні стосунки з іншими співробітниками університету, одержала неправомірну вигоду у вигляді 600 грн. від студента за вплив на викладачів щодо складання цим студентом заліку та іспиту з двох навчальних дисциплін [46]. Правильність такої кваліфікації злочинних дій працівника установи, який не є службовою особою, *de lege lata* у мене особисто сумнівів не викликає. І наведений приклад із судової практики є підстави вважати типовим.

Відсутність у нормі про кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або за пропозицію чи обіцянку здійснити такий вплив безпосередньої вказівки на те, що суб'єктом цього злочину є службова особа, не виключає такої можливості. Інакше кажучи, склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є підстави визнавати альтернативно-службовим. В юридичній літературі зазначається, що про такий склад злочину варто вести мову в тих випадках, коли в кримінальному законі не міститься прямої вказівки на можливість вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища, однак це очевидно впливає зі змісту диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми [47, с. 40–48].

На мій погляд, якраз така ситуація і має місце в ч. 2 ст. 369-2 КК. Подібної точки зору дотримуються О.О. Титаренко [48, с. 401] і Н.М. Ярмиш, яка пише, що суб'єкт злочину, передбаченого усіма частинами ст. 369-2 КК, законодавцем не визначений, у примітці до ст. 364 КК не згадується, а тому ним може бути будь-яка особа [28, с. 176]. У п. 61 Третього раунду оцінювання «Оціночний звіт по Україні», затвердженого GRECO на 52-му Пленарному засіданні (Страсбург, 17-21 жовтня 2011 р.), також зазначається, що суб'єктом активного і пасивного зловживання впливом, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа незалежно від того,

чи є вона службовою. У підрозділі 3.4 «Зловживання впливом з корисливою метою» Глосарія міжнародних стандартів у сфері кримінального права «Корупція», розробленого у 2007 р. ОЕСР, так само можна прочитати, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом (тобто одержувач неправомірної вигоди) може і не бути службовою особою (треба так розуміти – може і бути нею).

Таким чином, є підстави стверджувати про існування щонайменше альтернатив у вигляді визнання суб'єкта зловживання впливом, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК:

1) спеціальним – це особа, яка не є службовою, але має можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

2) загальним – це може бути і службова особа, і особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і працівник підприємства, установи, організації – за умови, що дії такого суб'єкта, які становлять зловживання впливом, не означають використання її службового становища чи наданих їй повноважень. За такого підходу склади злочинів, передбачених відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4, 369, з одного боку, і ст. 369-2 КК, з іншого, вважаються суміжними за ознакою суб'єкта. Відповідно, якщо посередник, який пропонує (обіцяє) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, є працівником підприємства, установи, організації, «публічною» службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція, обіцянка чи надання йому, а також прийняття ним пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за такий вплив, здійснений з використанням службового становища чи наданих повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК;

3) спеціальним – це лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими повноваженнями в широкому розумінні (обумовлених такими можливостями). Маються на увазі службові особи та особи, які надають публічні послуги.

Взагалі в юридичній літературі, за підрахунками В. Киричка [44, с. 39–40], висловлено щонайменше сім точок зору стосовно того, яка особа має нести кримінальну відповідальність за «пасивне» зловживання впливом, що, як на мене, вельми красномовно характеризує «якість» (недолугість) досліджуваної кримінально-правової заборони.

Як вже зазначалось, чинна редакція ст. 369-2 КК допускає таке тлумачення, відповідно до якого суб'єктом зловживання впливом, передбаченого ч. 2 цієї статті, може бути і службова особа, здатна впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з її службовим становищем у широкому розумінні цього поняття. На користь такого тлумачення національного кримінального закону вказує і та обставина, що в ст. 18 Конвенції ООН проти корупції до суб'єктів «пасивного» зловживання впливом поряд із будь-якою іншою особою віднесено державну посадову особу. Разом з тим використаний у згаданій конвенційній нормі зворот «будь-яка інша особа», вочевидь, підлягає обмежувальному тлумаченню: у контексті складу розглядуваного злочину це лише ті особи, які здатні зловживати впливом та які в цьому сенсі «прирівняні» до державних посадових осіб. «Слова «така інша особа» вказують на те, що під іншими особами, які можуть зловживати впливом, слід розуміти осіб, які прирівнюються до державних посадових осіб за характером та важливим значенням здійснюваних ними функцій та повноважень» [44, с. 43].

Викладене схиляє до думки про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є спеціальним. Ще одним таким аргументом може вважатись те, що наведене в примітці ст. 354 КК визначення поняття пропозиції неправомірної вигоди, яке поширюється і на ст. 369-2 КК, коло адресатів неправомірної вигоди обмежує працівником підприємства, установи чи організації, особою, яка надає публічні послуги, та службовою особою. Уперше згаданий аргумент навів В. Киричко, на думку якого приміткою ст. 354 КК визначено не лише зміст пропозиції і обіцянки у складі злочину «зловживання впливом», а і коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК [44, с. 44–45]. Сприймаючи такий аргумент, водночас зауважу його умовність: наявність у законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за корупційній злочини низки вад різного характеру і змісту не дозволяє перебільшувати мудрість і далекоглядність законодавця. Вимушений відзначити і те, що теза про спеціальний характер суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, навряд чи узгоджується із сформульованим вище і сприйнятим судовою практикою положенням про охоплення поняттям впливу, зловживання яким відбувається (може, має відбуватись), використання, зокрема, довірчих, родинних, близьких і дружніх стосунків винного з особою, уповноваженою на виконання функцій держави.

Відсутність у ст. 369-2 КК застереження про можливість здійснення відповідним суб'єктом удаваного впливу наводить на думку про те, що такі дії мають кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство – зокрема, у зв'язку з існуванням усталеного правозастосовного підходу до кваліфікації подібних ситуацій, який відображено в абз. 2 п. 9 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про

хабарництво» і п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності». Наприклад, В. Тютюгін пише, що не за ст. 369-2, а за ст. 190 КК «Шахрайство» слід кваліфікувати дії тієї особи, яка одержала неправомірну вигоду нібито для здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралася цього робити і бажала лише присвоїти таку вигоду [12, с. 838]. Такої ж точки зору дотримуються О. Омелянович [49, с. 408], А. Савченко та О. Кришевич, на думку яких одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, вчинене особою, котра не має такого впливу, за наявності підстав слід кваліфікувати як шахрайство [10, с. 143].

Видається, однак, що має рацію Н. Ярмиш, яка стверджує, що з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК особа може одержати неправомірну вигоду, і не збираючись виконувати обіцянку здійснити вплив. Для наявності злочинного зловживання впливом достатньо, щоб винний усвідомлював, за що саме він одержує неправомірну вигоду; обман не перетворює вчинене в шахрайство, оскільки виконання обіцянки чи того, що запропоновано, не охоплюється об'єктивною стороною складів злочину, передбаченого ст. 369-2 КК [28, с. 178]. Незважаючи на наявність у поведінці одержувача неправомірної вигоди в розглядуваній ситуації обману, вчинене не виходить за межі кримінально караного зловживання впливом, передбаченого оновленим антикорупційним законодавством. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом має наставати незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, і чи призводить він до бажаного результату.

Тому вважаю помилковою кваліфікацію не за первісно інкримінованою ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 1 ст. 190 КК дій помічника депутата Миколаївської міської ради Т., яка повідомила підприємцю Г. неправдиві відомості щодо своїх повноважень у вирішенні питання щодо продовження договору оренди земельної ділянки для обслуговування торгівельного кіоску та запропонувала Г. передати їй 5 тис. грн. для вирішення цього питання шляхом здійснення впливу на уповноважену особу. Ленінський районний суд м. Миколаєва, вироком якого Т. врешті-решт було засуджено за шахрайство, погодився з прокурором, який в судовому засіданні змінив обвинувачення, перекваліфікувавши дії Т. з ч. 2 ст. 369-2 на ч. 1 ст. 190 КК. При цьому прокурор послався на те, що саме за ст. 190, а не за ст. 369-2 КК слід кваліфікувати дії особи, яка одержала неправомірну вигоду нібито за здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралася цього робити і бажала лише присвоїти таку вигоду [50].

Складно також зрозуміти логіку Московського районного суду м. Харкова, який, штучно створивши множинність злочинів, одночасно і за ч. 1 ст. 190, і за ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував одні і ті самі дії завідувача лабораторії кафедри Української державної академії залізничного транспорту. Цей суб'єкт одержав від студента-дипломника 400 доларів США, пообіцявши, що здійснить вплив на членів екзаменаційної комісії, унаслідок чого студент отримає оцінку «відмінно» на захисті магістерської роботи [51]. Цілком очевидно, що кримінально-правова норма про шахрайство інкримінована засудженому недоречно.

Постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 26 березня 2015 р., винесеною у справі № 5-Зкс15, підтверджено правильність засудження за ч. 1 ст. 190 і ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 369 КК адвоката Б. Останній тривалий час умовляв свого клієнта (обвинуваченого Л.) передати судді, у провадженні якого знаходилась справа Л., 3 тис. доларів США хабара за сприяння у позитивному вирішенні його питання в суді (перекваліфікацію дій Л. з ч. 3 на ч. 1 ст. 204 КК), насправді маючи намір привласнити собі ці кошти. У справі Б. ВСУ, некритично відтворивши усталений правозастосовний підхід до кваліфікації «удаваного посередництва», сформулював таку правову позицію. Якщо винний отримує від іншої особи гроші чи інші цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене треба розцінювати як шахрайство і кваліфікувати за відповідною частиною ст. 190 КК. Якщо при цьому винний схилив хабародавця до передачі йому цінностей, то його дії належить також кваліфікувати як підбурювання до закінченого замаху на давання хабара, тобто ще і за ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15 і відповідною частиною ст. 369 КК. Викладена правова позиція (уточню – в частині інкримінування ст. 190 КК «Шахрайство») не повною мірою враховує оновлення антикорупційного законодавства, а саме появу в КК ст. 369-2 КК «Зловживання впливом», диспозицією ч. 2 якої наразі можуть охоплюватись подібні обманні дії, спрямовані на заволодіння чужим майном. До того ж кваліфікація дій «удаваного посередника» як злочину проти власності (шахрайства) видається сумнівною з огляду на те, що ці дії навряд чи можуть вважатись такими, що посягають на відносини власності, поставлені під кримінально-правову охорону.

У сформульованій Н. Кочеровою авторській редакції ст. 369-2 КК наголошується на тому, що відповідний вплив може бути як дійсним, так і удаваним [18, с. 16–17]. Спираючись на ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, М. Бакай також висунула пропозицію сформулювати статтю КК про зловживання впливом таким чином, щоб кримінальна відповідальність за нею наставала незалежно від того, чи була можливість впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, реальною або удаваною [52]. Вказані пропозиції заслуговують на підтримку (зрозуміло, за умови збереження досліджуваної кримінально-правової заборони). Разом з тим розгляд цього питання кваліфікації чітко

демонструє ту обставину, що проблем із кримінально-правовою оцінкою зазначених, дотичних до корупції обманних дій, спрямованих на заволодіння чужим майном, до появи в КК ст. 369-2 КК на практиці не виникало.

Кваліфікуючою ознакою досліджуваного злочину (ч. 3 ст. 369-2 КК) визнається вимагання. На відміну від статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК, законодавець не розкриває зміст вимагання при зловживанні впливом, не поширивши на цей злочин відповідне легальне визначення. З урахуванням з'ясованої специфіки впливу як характеристики складу цього злочину і обстоюваного положення про те, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом є спеціальним, при застосуванні ч. 3 ст. 369-2 КК варто орієнтуватись не на ч. 1 ст. 189 КК, хоч і така точка зору зустрічається в юридичній літературі [10, с. 891; 11, с. 141; 12, с. 838], а на ч. 5 примітки ст. 354 КК.

Принагідно зауважу, що традиційно в судовій практиці вимагання неправомірної вигоди (раніше – вимагання хабара) не вбачалось у випадках, коли під загрозу ставилися незаконні інтереси особи, в якій вимагали неправомірну вигоду. На користь так званого вузького розуміння вимагання наводились такі аргументи: 1) звичайною практикою захисту осіб, які надають неправомірні вигоди, є їх посилання на те, що вони вимушені надати вигоду під тиском з боку іншої особи. І широке розуміння вимагання стимулюватиме протиправну поведінку осіб, які шляхом надання неправомірних вигод намагатимуться реалізувати свої інтереси, що суперечать чинному законодавству; 2) посилення караності одержання неправомірної вигоди, поєднаного з вимаганням, пояснюється не лише особливим характером взаємовідносин між особою, яка надає вигоду, і належним суб'єктом як ініціатором таких взаємовідносин, а і тим, що зазначений злочин посягає на додатковий об'єкт – права і законні інтереси особи, для яких виникає загроза заподіяння їм шкоди; 3) сприйняття широкого розуміння вимагання призвело б до зникнення в ньому основного компонента – вимушеності дій особи, яка надає неправомірну вигоду. Якщо така особа зацікавлена в неправомірній поведінці належного суб'єкта, намагається обійти закон, одержати незаконні пільги і переваги тощо, доречніше вести мову не про вимушеність, а про вигідність надання неправомірної вигоди.

ВСУ, формулюючи правову позицію з розглядуваного питання, неодноразово і послідовно констатував, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена в провину за наявності трьох обов'язкових умов: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється або відкритою погрозою, або створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності небезпеки його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з такою вимогою; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця. Відповідно, вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності тощо. Не може розглядатись як вимагання хабара погроза з боку хабароодержувача вчинити відносно хабародавця законні дії, хоча вони і зачіпають законні інтереси останнього [53].

При цьому в ч. 5 примітки чинної редакції ст. 354 КК вказівка на права і законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми і відсутня стосовно відкритої форми вимагання. Викладене наводить на думку про те, що це – прикра законодавча помилка, а не усвідомлене рішення парламентаріїв, які сприйняли позицію окремих дослідників, згідно з якою одержання неправомірної вигоди є настільки небезпечним злочином, що вимогу передати її під погрозою вчинення будь-яких діянь (як законних, так і незаконних) необхідно визнавати вимаганням. За таких обставин ч. 5 примітки ст. 354 КК варто уточнити, усунувши позначену непослідовність і вказавши на те, що вимагання неправомірної вигоди має місце лише у випадку вимоги щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій (бездіяльності), якщо це ставить у небезпеку права і законні інтереси того, у кого вимагають неправомірну вигоду.

Повертаючись до кримінально-правової характеристики зловживання впливом, відзначу, що конструкція кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2 КК, навряд чи узгоджується з розумінням вимагання (щонайменше його першої форми), відображеним у ч. 5 примітки ст. 354 КК. Вимагання у сенсі вимоги, поєднаної з певною погрозою, на мою думку, суперечить суті зловживання впливом. Так, особа може за неправомірну вигоду пропонувати (обіцяти) вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави, однак це буде не вимаганням неправомірної вигоди, а караною за ч. 2 ст. 368-2 КК пропозицією (обіцянкою) здійснити відповідний вплив. «Особу, яка здійснює підкуп, немає жодного сенсу примушувати до цього, оскільки вона сама бажає надати неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, для того, щоб останній незаконно вплинув на прийняття певного рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави» [1, с. 256–257]. Якщо, з іншого боку, ініціатором впливу є зацікавлена в ньому особа, а інша особа, спроможна на такий вплив, на прохання про нього відповість, що без неправомірної вигоди цього не робитиме, то і така поведінка, вочевидь, не повинна розглядатись як вимагання неправомірної вигоди, адже має визнаватись передбаченою ч. 2 ст. 369-2 КК обіцянкою здійснити вплив за надання неправомірної вигоди (складовою такої обіцянки).

За таких обставин складно погодитись із позицією Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області, який не за ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 3 цієї статті КК засудив старшого державного податкового ревізора-інспектора відділу податкового контролю Козівської міжрайонної ДПІ Тернопільської області [54]. Ця службова особа одержала неправомірну вигоду в сумі 400 доларів США за вплив на прийняття позитивного рішення та пришвидшення його прийняття службовою особою Тернопільської об'єднаної ДПІ при проведенні документальної позапланової виїзної перевірки суб'єкта підприємницької діяльності з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства і видачі довідки, необхідної для припинення підприємницької діяльності. Як вимагання неправомірної вигоди суд розцінив слова податкового інспектора, звернені до особи, яка представляла інтереси фізичної особи – підприємця та яка сама звернулась за допомогою до цього податкового інспектора, про те, що він за неправомірну вигоду може потрібним чином вплинути на службову особу Тернопільської об'єднаної ДПІ, а в разі ненадання йому неправомірної вигоди він вплине на цю службову особу таким чином, що в задоволенні заяви фізичної особи – підприємця про припинення його підприємницької діяльності буде відмовлено.

Вважаю, що наведене висловлювання податкового інспектора не виходило за межі згаданої в ч. 2 ст. 369-2 КК обіцянки за неправомірну вигоду вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави. До того ж сумніваюсь у тому, що це висловлювання означало погрозу саме законним інтересам фізичної особи – підприємця, адже останній, судячи з вироку, був зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи Тернопільської об'єднаної ДПІ – у непроведенні документальної позапланової виїзної перевірки суб'єкта підприємницької діяльності з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства, проведення якої вимагалось згідно з чинним законодавством, і у видачі довідки за результатами такої перевірки.

Натомість правильно вчинив Галицький районний суд м. Львова, коли з ч. 3 ст. 369-2 КК на ч. 2 цієї статті пере kwalіфікував дії завідувача відділу забезпечення ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на держкордоні та транспорті Львівської регіональної служби державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на державному кордоні та транспорті, який одержав неправомірну вигоду (4 тис. доларів США) за вплив на начальника вказаної служби з метою позитивного вирішення питання щодо отримання одним із підприємців дозволу на ввезення на митну територію України продуктів тваринного походження. Обґрунтовуючи виключення з обсягу обвинувачення такої кваліфікуючої ознаки зловживання впливом, як вимагання, суд у вирокі зазначив, що вказана службова особа жодної вимоги про передачу їй неправомірної вигоди не висловлювала та не ставила підприємця в таке становище, яке б давало йому підстави вважати, що у випадку ненадання неправомірної вигоди він не зможе отримати потрібний дозвіл. Крім того, підприємець був сам зацікавлений у наданні неправомірної вигоди за вплив на начальника Львівської регіональної служби державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на державному кордоні та транспорті щодо погодження його документів на отримання дозволу на імпорт м'ясопродуктів і, відповідно, добровільно передав підсудному неправомірну вигоду; тим більше, що цей підприємець не був впевнений у тому, що усі його документи оформлені належним чином [55].

Використаний у ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції термін «solicitation», перекладений як «вимагання», позначає наполегливе прохання, домагання тощо (своєрідний «автономний» прояв корупційної поведінки), тобто дію, для якої не характерне поєднання з погрозою, притаманне вітчизняному кримінально-правовому поняттю вимагання. Ця обставина, як переконливо доводять В. Киричко і К. Задоя, не була взята до уваги при імплементації вказаних конвенційних положень, коли вимаганню (за прикладом складів інших корупційних злочинів, пов'язаних з одержанням неправомірної вигоди) було надано значення кваліфікуючої ознаки [1, с. 258–261; 2, с. 47]. За таких обставин ч. 3 із ст. 369-2 КК варто виключити.

Проведене дослідження дозволяє стверджувати, що включення до КК ст. 369-2, текст якої значною мірою відтворив відповідні конвенційні норми рекомендаційного характеру, посилює казуїстичність вітчизняного КК створило надмірність законодавчого описання видів злочинної поведінки, пов'язаних із корупцією, і через недотримання в цьому разі принципу правової визначеності ускладнило тлумачення і застосування кримінального закону. Суперечливі доктринальні судження з приводу фактично усіх основних ознак злочинного зловживання впливом, які надзвичайно ускладнюють пошук заявленої в назві пропонованої увазі читача публікації істини, змушують пригадати висловлювання дореволюційного вченого І. Покровського про те, що право на визначеність правових норм – одне з найбільш невід'ємних прав людської особистості; без такої визначеності взагалі не може бути і мови про будь-яке право [56, с. 89]. У рішенні ЄСПЛ від 12 липня 2001 р. у справі «Фельдек проти Словаччини» підкреслюється, що жодна норма не може вважатись законом, якщо вона не сформульована з точністю, достатньою для надання громадянину можливості регулювати свою поведінку.

З метою усунення з'ясованих законодавчих вад можна, звичайно, рухатись традиційним (еволюційним) шляхом, намагаючись удосконалити чинну редакцію ст. 369-2 КК (тим більше, що остання, як з'ясувалось, досить активно задіяна у правозастосовній практиці); вище наведено міркування з приводу того, як доціль-

но поліпшувати цю кримінально-правову заборону. Вважаю, однак, що вона є неправовою за визначенням і такою, що не піддається розумній реконструкції, у зв'язку з чим потребує не вдосконалення, а виключення з КК як «п'яте колесо до воза». Оскільки положення конвенцій, присвячені зловживанню впливом, носять рекомендаційний характер, виключення ст. 369-2 із КК не означатиме, що Україна ігнорує міжнародно-правові приписи щодо боротьби з корупцією. Пропонований крок, який навряд чи призведе до появи прогалів у законодавчому забезпеченні кримінально-правового реагування на корупційну поведінку (принаймні таку думку автор цих рядків намагався аргументувати вище), доцільно поєднати з удосконаленням описання складів злочинів «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» і «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», а саме з доповненням ст. 368-3 і ст. 368-4 КК альтернативною вказівкою на пов'язані з повноваженнями можливості, що узгоджувалось б із визначенням поняття корупції, закріпленим у ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції».

1. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
2. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К. П. Задої. – К. : Аграр Медіа Груп, 2014. – 135 с.
3. Мельник М. І. Основні тенденції законотворення з питань кримінального права у 2013–2014 рр. / М. І. Мельник // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні. Матеріали Міжнародного симпозиуму 24–25 жовтня 2014 року. – К. : Баїте, 2014. – С. 109–114.
4. Лизогуб Я. Зловживання впливом (ст. 369-1 КК України) : проблеми мовної конструкції юридичного складу / Я. Лизогуб [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3443>.
5. Настільна книга детектива, прокурора, судді : коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. – К. : ВД «Дакор», 2016. – 496 с.
6. Осадчий В. І. Корупційні злочини : монографія / В. І. Осадчий. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2016. – 82 с.
7. Вирок Октябрського районного суду м. Полтави від 16 лютого 2015 р. Справа № 554/13820/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44103118>.
8. Загиней З. Кримінально-правова герменевтика : монографія / З. А. Загиней. – К. : Видавничий дім «АртЕк», 2015. – 380 с.
9. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Яремко Галина Зіновіївна. – Львів, 2010. – 408 с.
10. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко та ін. ; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – 1064 с.
11. Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навч. посіб. / А. В. Савченко. – К. : Центр учбової літератури, 2016. – 168 с.
12. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина. – 1040 с.
13. Кримінальне право України (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. – Луганськ : вид-во «Елтон – 2», 2012. – 703 с.
14. Затриману на хабарі помічниці ужгородського судді суд відпустив на волю [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakarpattya.net.ua/News/121436-Zatrymanu-na-khabari-pomichnytsiu-uzhhorodskoho-suddi-sud-vidpustyv-na-voliu>.
15. Вирок Миколаївського районного суду Львівської області від 26 березня 2014 р. Справа № 453/159/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37919034>.
16. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 18 жовтня 2013 р. Справа № 607/15914/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37158894>.
17. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? / В. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 6-12 лютого 2010 р. – № 6.
18. Кочерова Н. О. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом : соціальна обумовленість і склад злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. О. Кочерова. – К., 2012. – 20 с.

19. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. Литвинова О. М. – К. : Центр учбової літератури, 2016. – 536 с.
20. Мадьярова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования / А. В. Мадьярова. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 405 с.
21. Вирок Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 7 листопада 2014 р. Справа № 182/4358/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41304102>.
22. Дудоров О. О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Дудоров Олександр Олександрович. – К., 1994. – 208 с.
23. Мельник М. І. Хабарництво : загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства / М. І. Мельник. – К. : Парламентське вид-во, 2000. – 256 с.
24. Волженкин Б. В. Служебные преступления : комментарий законодательства и судебной практики / Б. В. Волженкин. – СПб. : Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 560 с.
25. Дудоров О.О. Кримінальне право. Навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк. – К. : Ваіте, 2014. – 944 с.
26. Андрушко П. Доктринальне тлумачення, окремі кримінально-правові аспекти застосування стаття 369-2 КК України (Зловживання впливом) / П. Андрушко // Юридичний вісник України. – 12–18 квітня 2014 р. – № 15 (Інформаційно-правовий банк). – С. 21–31.
27. Кримінальна відповідальність за окремі злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : наук.-практ. посіб. / Ю. В. Ударцов, С. М. Блажівський, Н. В. Лісова, О. О. Седлецький, З. А. Загинеї (Тростюк), І. І. Присяжнюк, О. І. Бутович, Л. М. Шмаль; за ред. Ю. В. Ударцова. – К. : Алерта, 2013. – 180 с.
28. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
29. Вирок Жовківського районного суду Львівської області від 30 березня 2016 р. Справа № 444/425/16-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pozov.online/blog/2016/04/07/зловживання-впливом-ст-369-2>.
30. Працівника міліції притягнуто до кримінальної відповідальності за зловживання впливом [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://faktor.te.ua/2015/11/pratsivnyka-militsiji-prytyahnuto-do-kryminalnoji-vidpovidalnosti-za-zlovzhyvannya-vplyvom>.
31. Який вирок виніс суд тернопільському депутату, який взяв 1000 доларів хабара [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.0352.ua/article/1189356>.
32. На Тернопільщині сільський голова отримав штраф 12 тис. грн. за зловживання впливом [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ternopoliany.te.ua/zhittya/6491-na-ternopilshchyni-silskyi-holova-otrymav-shtraf-12-tys-hrn-za-zlovzhyvannia-vplyvom>.
33. Вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 29 жовтня 2015 р. Справа № 343/1253/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52882173>.
34. Вирок Ізюмського міськрайонного суду Харківської області від 14 травня 2015 р. Справа № 623/1621/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53076352>.
35. Вирок Дергачівського районного суду Харківської області від 22 квітня 2015 р. Справа № 619/1626/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43740747>.
36. Вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 18 березня 2015 р. Справа № 297/256/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43195170>.
37. Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівців від 18 березня 2014 р. Справа № 727/2087/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38330630>.
38. Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 17 червня 2013 р. Справа № 638/7762/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31865448>.

39. Вирок Личаківського районного суду м. Львова від 10 грудня 2013 р. Справа № 1-кп/463/282/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35923296>.
40. Ухвала Апеляційного суду Тернопільської області від 10 червня 2015 р. Справа № 607/15588/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48155398>.
41. Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 10 квітня 2015 р. Справа № 161/5269/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43534105>.
42. Савченко А.В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг. Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України / за заг. ред. д. ю. н., проф. В. І. Шакуна / А. В. Савченко, О. В. Кришевич. – К. : Алерта, 2012. – 160 с.
43. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
44. Киричко В. М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення / В. М. Киричко // Проблеми законності : зб. наук. пр. – Х., 2015. – Вип. 128. – С. 38–46.
45. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 3 лютого 2014 р. Справа № 607/730/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37011113>.
46. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 20 серпня 2014 р. Справа № 607/10568/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40916493>.
47. Козаченко И. Я. Проблема соотношения общего и специального составов должностных преступлений / И. Я. Козаченко, З. А. Николаева // Правоведение. – 1992. – № 3. – С. 40–48.
48. Титаренко О. О. Щодо кримінальної відповідальності за зловживання впливом (ст. 369-2 КК України) / О. О. Титаренко // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23-24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 399–403.
49. Омелянович О. Т. Напрями вдосконалення кримінально-правових засобів боротьби із неправомірними вигодами за зловживання впливом / О. Т. Омелянович // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 4. – С. 407–411.
50. Апеляційний суд Миколаївської області. Витяг з узагальнення «Про практику розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/2.
51. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 1 липня 2013 р. Справа № 643/1357/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32443586>.
52. Бакай М. Кримінально-правова характеристика зловживання впливом як виду злочину за міжнародними антикорупційними нормативно-правовими актами [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.info-prensa.com/article-1238.html>.
53. Постанови Судової палати у кримінальних справах ВСУ – від 4 жовтня 2012 р. у справі № 5-14к12; від 23 травня 2013 р. у справі № 5-13к13; від 30 травня 2013 р. у справі № 5-14к13; від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-28 к13; від 26 грудня 2013 р. у справі № 5-43к13; від 26 червня 2014 р. у справі № 5-19к14; від 28 травня 2015 р. у справі № 5-14к15.
54. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 8 травня 2013 р. Справа № 607/7768/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31451160>.
55. Вирок Галицького районного суду м. Львова від 27 травня 2014 р. Справа № 461/3370/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38889857>.
56. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – Изд. 3-е, стереотип. – М. : Статут, 2001. – 354 с.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРОВОКАЦІЇ ПІДКУПУ¹

Протидія корупції є одним із пріоритетних напрямів сучасної політики нашої держави у сфері боротьби зі злочинністю. Від результатів роботи правоохоронної системи щодо мінімізації корупції залежить успішне розв'язання інших важливих проблем сьогодення. При цьому тривала історія викриття корупціонерів дозволила виробити певні стандарти виявлення і розкриття відповідних злочинів, коли істотного значення набуває не лише результат, а і спосіб, в який його досягають. Проблематика спровокованого вчинення корупційних злочинів, як і кримінально-правової заборони, присвяченої провокації підкупу (у Кримінальному кодексі України (далі – КК) це ст. 370), будучи своєрідним каменем спотикання, вже багато років рік турбує вітчизняних правників. Можна сказати, що автори, які присвятили свої роботи вказаній проблематиці, поділилися на два основні табори. Одні з них виступають за скасування ст. 370 КК і декриміналізацію передбаченого нею діяння, вважаючи, що вказана кримінально-правова заборона лише ускладнює боротьбу з корупцією. На думку ж інших, провокація підкупу є недопустимою і суспільно небезпечною поведінкою, а виключення ст. 370 з КК потягне за собою зростання масштабів зловживань з боку правоохоронців.

У Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджених Законом від 14 жовтня 2014 р., говориться про необхідність запровадження перевірок на доброчесність. Такі перевірки повинні проводитися з метою забезпечення професійної непідкупності, запобігання корупції серед публічних службовців, перевірки дотримання ними своїх посадових обов'язків тощо. Водночас такі перевірки можуть мати характер провокації надання неправомірної вигоди і тому не повинні бути підставою для початку кримінального провадження. З метою забезпечення дотримання прав людини у зв'язку з проведенням таких перевірок порядок їх проведення слід визначити законом.

Ще в 1998 р. В.О. Навроцький написав, що дії, які полягають у контрольованій пропозиції потенційним хабарникам майнової винагороди, не посягають на жодний правоохоронюваний об'єкт: вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а тільки інтереси корупціонера по ухиленню від кримінальної відповідальності. Пропозиція хабара з метою викриття хабарника не є схиланням до злочину, оскільки хабарник насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує «хабар», і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумісність посягання, адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію. Науковець звертав увагу і на те, що законодавство про оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД) надає право проводити контрольні закупки товарів з метою виявлення фактів протиправної діяльності. Крім цього, положення про контрольовану пропозицію хабара визнавалось прийнятним з урахуванням вчення про крайню необхідність [1, с. 157–162]. Подібні заклики час від часу збуджують українське суспільство [2]. Необхідність цього революційного (інакше не скажеш) кроку може бути пояснена тим, що Україна знаходиться на такому етапі свого розвитку, коли для боротьби з корупцією потрібно вживати твердих і рішучих заходів, не відкидаючи як таку можливість використання провокації та інших подібних прийомів, позаяк у боротьбі із витонченою злочинністю потрібні і хитрість, і обман. Однак чи здатна благородна мета виправдати будь-які засоби, які використовуються для її досягнення?

Складно не погодитись з тим, що «Боротись зі злочинністю злочинними методами не лічить демократичній правовій державі» [3, с. 484]. Проти легалізації провокації-підбурювання як засобу боротьби з корупцією виступає В.М. Киричко, який наводить на користь своєї позиції низку переконливих аргументів [4, с. 191–192]. Змістовно дискутує з В.О. Навроцьким і М.І. Мельник, який недоцільність виключення з КК спеціальної статті про відповідальність за провокацію хабара обґрунтовував, зокрема, тим, що таке рішення може вкрай негативно вплинути на здійснення правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції [5, с. 214–217].

У висновку Верховного Суду України на один із законопроектів, яким пропонувалось скасувати ст. 370 КК і надати співробітникам правоохоронних органів право під час проведення ОРД здійснювати провокацію підкупу (а подібних законопроектів за період дії чинного КК було декілька), вказувалось на те, що внаслідок таких законодавчих змін у заздалегідь сплановані «пастки» можуть потрапляти законослухняні громадяни, які виявляться психологічно не стійкими до відповідних пропозицій. Основна ж частина «досвідчених хабарників» не буде викрита в такий спосіб, оскільки вони мають налагоджені схеми надання-одержання неправомірних вигоди, діють через перевірених посередників. До того ж виникне загроза зловживання правоохоронцями наданим їм правом провокувати осіб на вчинення злочинів, а так само ймовірність систематичних звернень наших громадян до ЄСПЛ.

З ухваленням 2001 р. чинного КК законодавець серед злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачив у ст. 370 відповідальність за провокацію хабара. В останні роки редакція цієї статті зазнавала неодноразових змін, зокрема, в частині її назви: «Провокація хабара» (таку назву мала і ст. 171 КК України 1960 р.) → «Провокація хабара або комерційного підкупу» →

¹ Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 1. – С. 76–82.

«Провокація підкупу». При цьому офіційний підхід до відповідного діяння залишається незмінним: провокація проголошується недопустимою, суспільно небезпечною і, відповідно, злочинною.

Виокремлення аналізованої кримінально-правової заборони ґрунтується на тому, що: 1) вістря боротьби з корупцією повинне спрямовуватись на запобігання, виявлення вчинюваних і вчинених злочинів, а не на створення (породження) нових, на підштовхування морально нестійких суб'єктів до порушень КК; 2) провокація підкупу може завдати серйозної шкоди конституційним правам і свободам людини та громадянина, використовуватись як потужний засіб неправомірного впливу на інших осіб.

Ще М.С. Таганцев наголошував на тому, що обов'язок поліції полягає в розкритті вчинених злочинних діянь або попередженні тих злочинів, які готуються. І ця діяльність не має нічого спільного зі створенням нових злочинів або злочинних спроб. Особа, котра підмовляє іншого вчинити злочин для того, щоб захопити його в момент вчинення і передати правосуддю, вчиняє діяння, яке не лише є несумісним з уявленням про нормальні функції владних органів, а і містить усі ознаки поняття підбурювання до злочину [6, с. 349]. Якщо держава використовує провокацію, вона тим самим застосовує злочинні засоби, йде на грубе порушення загальних засад кримінального провадження. Виходить, що держава зацікавлена в позбавленні свого громадянина заслуженого покарання, звільненні від обов'язку дотримуватись своїх же законів. Це, своєю чергою, може призвести до хаосу в кримінально-правових відносинах [7, с. 169]. Існування самостійної кримінальної відповідальності за провокацію підкупу пояснюється, крім усього іншого, прагненням унеможливити штучне вчинення злочинів відповідної категорії, забезпечити передбачений Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) порядок їх виявлення і розкриття.

З урахуванням того, що особу можна спровокувати на вчинення не лише корупційного злочину, універсальним кримінально-правовим засобом протидії провокаційній діяльності могла б стати розміщена в розділі КК «Злочини проти правосуддя» норма про відповідальність за провокацію службовою особою (варіант – службовою особою правоохоронного органу) будь-якого злочину (варіант – будь-якого умисного злочину). Слід враховувати і те, особа, яка підбурила іншу особу вчинити діяння, яке є злочином (зокрема, корупційним), визнається співучасником такого злочину і підлягає відповідальності за тією ж статтею КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. За таких обставин можна взагалі обійтись без виокремлення провокації злочину як діяння, яке уже є кримінально караним.

У кримінально-правовій доктрині зустрічаються підходи, згідно з якими провокацію не слід (або не завжди слід) ототожнювати з підбурюванням до вчинення злочину. Йдеться про те, що: 1) провокація злочину – це відмінна від підбурювання одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б всі зовнішні ознаки злочину, з певною метою. Дії провокатора і спровокованого спрямовані на досягнення не єдиного, а зовсім різних (діаметрально протилежних) результатів, вони не можуть вважатись узгодженими, спільними; 2) правова природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною, а провокація злочину є більш широким поняттям, ніж підбурювання до вчинення конкретного злочину.

З приводу викладених підходів (а існують і інші) варто зауважити, що бажання провокатора спрямоване саме на досягнення спільного злочинного результату, але з метою, відмінною від інших співучасників. Кримінальний закон нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Крім цього, не завжди підбурювання може отримувати безпосередню форму прояву, адже згідно з ч. 4 ст. 27 КК головне тут – щоб певна дія була зумовлена метою схилити особу до вчинення злочину. Разом з тим можна було погодитись з тим, що при провокації не виключається такий вплив на особу, який не охоплюється поняттям підбурювання.

Врешті-решт наш законодавець, ухваливши Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» і відмовившись від традиційного (існуючого ще з часів дії КК УСРР 1922 р.) розуміння провокації підкупу як свідомого створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють надання або одержання неправомірної вигоди, пристав до теоретичного підходу «провокація злочину = підбурювання до злочину».

З об'єктивної сторони злочин, передбачений чинною редакцією ст. 370 КК, характеризується діями, які набувають вигляду підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Виходить, що провокація підкупу розглядається наразі саме і тільки як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного злочину.

Провокатор – це той, хто породжує в іншій особі намір вчинити відповідний корупційний злочин, для того, щоб згодом цю особу викрити. Суть провокації, як влучно зауважує М.І. Мельник, означає певну штучність діянь особи, яку провокують: вона діє (не діє) за обставин, спеціально створених для того, щоб підштовхнути її до бажаних для провокатора діянь (останніх вона не вчинила, якби щодо неї не мала місце провокація). Провокацію можна розглядати як специфічний експеримент на предмет випробування особи на моральну та правову стійкість; провокація – це свого роду перевірка можливої поведінки за тієї чи іншої ситуації [5,

с. 195]. Подібним чином розмірковує В.М. Киричко, на думку якого при провокації підкупу особа вчиняє діяння внаслідок не існуючих у суспільстві обставин та умов, а спеціально створених службовою особою штучних обставин та умов. «Це означає, що тих діянь, які були штучно викликані службовою особою, інші особи не вчинили б у той самий час і в тому самому місці, якщо б щодо них не вчинювалась провокація» [4, с. 180].

Підбурювання з погляду кваліфікації за ст. 370 КК, означаючи схилення особи до вчинення хоча б одного з діянь, вказаних у ч. 1 цієї статті, може здійснюватись шляхом умовляння, погрози, підкупу, примусу тощо (невичерпний перелік способів підбурювання наведений у ч. 4 ст. 27 КК). Винний може, зокрема, провокувати одержання неправомірної вигоди як ним особисто, так і іншим суб'єктом, може як особисто пропонувати чи обіцяти неправомірну вигоду певній особі, так і зумовлювати пропонування чи обіцянку іншими особами неправомірної вигоди.

При цьому слід враховувати, що при провокації підкупу можливим є і такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання та який, відповідно, не може кваліфікуватись за чинною редакцією ст. 370 КК. Сказане стосується, зокрема: 1) створення штучних перешкод і труднощів, спрямованих на породження в особи переконання в тому, що питання, у вирішенні яких вона зацікавлена, можуть бути розв'язані тільки шляхом підкупу; 2) використання обману, коли винний, фальсифікуючу волю іншої особи, здійснює провокацію шляхом поширення неправдивої інформації (наприклад, про можливість вирішення тих чи інших питань за допомогою підкупу, про бажання певної особи одержати або надати неправомірну вигоду). Зверну увагу на те, що випадки відмінної від співучасті «завуальованої» провокації утворювали склад злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 370 КК [4, с. 182–183; 8, с. 146]. Наразі ті різновиди провокаційної поведінки, які через відсутність двостороннього суб'єктивного зв'язку або інші причини не визнаються підбурюванням, а отже, не охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 370 КК, за наявності підстав можуть утворювати склад іншого злочину у сфері службової діяльності (наприклад, передбаченого ст. 365 КК).

Диспозиція ст. 370 КК також не охоплює випадки підкидання предмета нібито як неправомірної вигоди в робочий кабінет або автомобіль особи, вручення їй цього предмета шляхом обману, переказ грошей на банківський рахунок особи без повідомлення їй про це, заниження вартості наданої послуги, про що той, кому її надали, не знає, тощо. Подібні дії можуть розцінюватись як притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, або як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, і кваліфікуватись, відповідно, за ч. 2 ст. 372 і ч. 2 ст. 383 КК.

Склад злочину, передбаченого ст. 370 КК, утворює підбурювання лише до: 1) пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди; 2) прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди. Звідси впливає, що провокація підкупу має кваліфікуватись за ст. 370 КК у випадках, коли йдеться про підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, ст. 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. При цьому те, наскільки результативним було таке підбурювання, на кваліфікацію за ст. 370 КК не впливає. Адже провокаційні дії, наштовхнувшись на властивості особи, можуть виявитись неспроможними викликати в неї намір вчинити бажаний для провокатора злочин. Провокація підкупу визнається закінченим злочином із моменту вчинення будь-якої дії, що означає підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, незалежно від того, чи мали місце згодом з боку спровокованої особи діяння, вчинення яких прагнув винний. Інакше кажучи, і невдала провокація підкупу підлягає кваліфікації за відповідною частиною ст. 370 КК як закінчений злочин.

У судовій практиці і науці кримінального права усталеним є підхід, згідно з яким провокація підкупу не виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи. Про це йдеться, зокрема, у п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво». «Кримінальний закон не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності того, хто одержав хабара, на тій підставі, що не він сам виявив ініціативу в одержанні хабара, а вона була йому запропонована чи навіть нав'язана» [5, с. 196]. «...особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно» [8, с. 147]. На користь викладеного вказує і та обставина, що провокація злочину не згадується в розділі VIII Загальної частини КК «Обставини, що виключають злочинність діяння».

Для порівняння: провокація злочину за кримінальними кодексами Польщі, Норвегії, Швейцарії, ФРН розглядається, як обставина, що виключає злочинність діяння, а за законодавством Албанії, Сан-Марино – як обставина, що пом'якшує покарання.

З урахуванням сказаного провокація підкупу, за загальним правилом, не виключає кваліфікацію діянь спровокованої особи за відповідними частинами ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. Водночас та обставина, що особа вчинила злочин під впливом провокаційної діяльності, може бути врахована судом на підставі ч. 2 ст. 66 КК при призначенні покарання.

Підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О.І. Альошина ініціює доповнення ч. 1 ст. 66 КК обставиною,

яка пом'якшує покарання, у виді вчинення спровокованого злочину [9, с. 180]. Підтримуючи таку пропозицію, В.В. Навроцька зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину [10, с. 239].

Зроблене вище застереження «за загальним правилом» зумовлене потребою врахування рішень ЄСПЛ (їх стислий виклад наводиться нижче), який послідовно розглядає провокацію злочину як порушення права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У відповідних рішеннях ЄСПЛ йдеться про ситуації, коли провокація злочину, негативним чином впливаючи на докази, на яких ґрунтується обвинувачення, здійснювалась саме працівниками правоохоронних органів. На цю обставину останнім часом слушно звертають увагу чимало вітчизняних дослідників [4, с. 181, 189, 204, 210; 10, с. 236–238; 11, с. 64–65; 12, с. 212–215; 13, с. 95–98].

Таким чином, провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронного органу (ч. 2 ст. 370 КК), здатна унеможливити (за відсутності належних доказів у кримінальному провадженні) кримінальну відповідальність спровокованої особи через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд. У цьому разі кримінальне провадження стосовно спровокованої особи підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК або ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК). На користь зробленого висновку вказує і рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 62 Конституції України (справа № 1-31/2001 від 20 жовтня 2011 р.), згідно з яким: обвинувачення у вчиненні злочину, зокрема, не може ґрунтуватись на фактичних даних, одержаних у результаті ОРД уповноваженою на те особою, проте без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 370 КК, – спеціальний (службова особа). Разом з тим в науковій літературі висловлюється пропозиція запровадження кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину загальним суб'єктом. Наприклад, О.М. Грудзур зазначає, що загальний суб'єкт може вчинити аналізований злочин, адже для цього не обов'язково використовувати службові чи владні повноваження, авторитет займаної посади або службове становище, завдавши шкоду як основному так і додатковому об'єкту розглядуваного злочину. На думку згаданого науковця, діяння, вчинені таким суб'єктом, не характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, ніж ті, які вчиняються службовою особою. Пояснюється це тим, що і в першому, і в другому випадку давання чи одержання хабара зумовлюється штучно створеними обставинами, які не відрізняються за своїм змістом [14, с. 126–128].

Підтримуючи вказану пропозицію, П.П. Андрушко водночас зазначає, що на практиці досить поширеним є спонукання до одержання хабара особами, які не є службовими, наприклад, пропозиція адвокатом слідчому чи судді певної винагороди за перекваліфікацію дій підозрюваного (обвинуваченого), закриття кримінальної справи, винесення виправдувального вироку або за призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі [15, с. 285]. Однак у подібних випадках винуватий прагне не спровокувати одержання неправомірної вигоди з метою викриття того, хто її одержав, а навпаки, дати її задля досягнення бажаного результату.

На сьогодні якщо підбурювання особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди вчинено з метою викриття іншої особи фізичною особою, яка не є службовою (сказане стосується й особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), або навіть службовою особою, однак, без використання нею свого службового становища, скоєне може розцінюватись як підбурювання до вчинення злочину, передбаченого ст. 354, ст. 368, ст. 368-3, 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК, і кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК. Адже з цієї кримінально-правової норми випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різними мотивами і переслідуючи різні цілі. Як одна з таких цілей цілком може виступати викриття злочинця. М.І. Панов з цього приводу пише, що провокацією злочину визнаються дії особи, яка підбурює виконавця чи інших співучасників на вчинення злочину з метою його наступного викриття. Провокація злочину є співучастю у злочині, вчиненому спровокованою особою [16, с. 231]. Варто звернути увагу і на те, що співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони щонайменше керують підготовкою цього підбурювача, розробляють план вчинення злочину тощо.

Суб'єктивна сторона провокації підкупу характеризується прямим умислом (винний усвідомлює, що його дії мають провокаційний характер стосовно іншої особи, і бажає вчинити такі дії) і метою: нею виступає викриття того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Зазначене викриття зводиться до того, щоб установити і зробити відомим факт вчинення певного кримінально караного діяння, і не потребує процесуального закріплення чи дотримання певної процедури. «Тут достатнім є лише факт самого виявлення, що давання чи одержання хабара вчиняються тією або іншою особою. Водночас інша мета, яку може переслідувати провокатор (шантаж, заподіяння матеріальної чи нематеріальної шкоди тощо), є похідною і досягається лише після викриття того, хто дав чи одержав хабар» [14, с. 143].

За метою викриття провокацію підкупу слід відрізняти від: 1) вимагання неправомірної вигоди (здійснюючи останнє, винний прагне змусити іншу особу надати йому неправомірну вигоду, однак не має при цьому на меті викрити особу у вчиненні злочину); 2) інших (порівняно з описаним у ст. 370 КК) різновидів підбурювання до вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК.

Мотиви дій винної особи, не впливаючи на кваліфікацію за ст. 370 КК, можуть бути різними (корисливі спонукання, кар'єризм, помста, заздрість, марнославство, бажання скомпрометувати особу чи організацію, інтереси боротьби зі злочинністю тощо) і підлягають врахуванню при призначенні покарання. «Мотив дій провокатора ... може вказувати на різний ступінь його суспільної небезпечності. Зокрема, фактором, що знижує ступінь суспільної небезпечності особи винного, може виступати вчинення провокаційних дій з мотивів боротьби з корупцією як негативним соціальним явищем» [4, с. 191].

Кваліфікуючою ознакою розглядуваного злочину є вчинення його службовою особою правоохоронного органу. Підвищена суспільна небезпека зазначеного різновиду провокації підкупу зумовлена спотворенням службових обов'язків правоохоронців, які замість виявлення, припинення та розкриття злочинів умисно створюють умови, які викликають їх вчинення. З приводу того, чому для правоохоронців за провокацію підкупу встановлено посилену кримінальну відповідальність, Г.Л. Шведова пише, що «саме на службових осіб правоохоронних органів покладено завдання викривати корупціонерів та застосовувати відповідні оперативно-розшукові заходи. Тому можна стверджувати, що саме ця категорія осіб більш схильна до вчинення таких злочинів в силу характеру своєї діяльності» [17, с. 331].

Коментуючи відсутність практики застосування ст. 370 КК, О.О. Кваша висловлює припущення про те, що «норма про відповідальність за провокацію хабара фактично не працює, а саме діяння в практиці не зустрічається» [18, с. 423–424]. Погоджуюсь з першою тезою дослідниці, однак сумніваюсь у правильності другої: провокація підкупу – один із найбільш латентних злочинів в сьогднішній Україні, який зовсім не є рідкістю. Як слушно зазначається з цього приводу в літературі, загальноновизнаним є той факт, що оцінка діяльності правоохоронних органів ґрунтується на системі відповідних показників, заради досягнення яких законність нерідко приноситься в жертву. Це зумовлює розповсюдженість методу провокації в антикорупційній діяльності правоохоронних органів за відсутності практики притягнення винних до відповідальності за ст. 370 КК [19, с. 98, 100]. Про те, що провокація надзвичайно широко використовується в діяльності правоохоронних органів, ведуть мову П.Л. Фріс та І.Б. Медицький, зауважуючи водночас, що жодного разу провокаційна діяльність правоохоронців не отримала належної кримінально-правової оцінки [3, с. 484].

Провокацію підкупу слід відмежовувати від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів.

У ст. 23 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією передбачено, що кожна держава повинна вжити законодавчих та інших заходів, включаючи такі, що дозволяють (із дотриманням національного законодавства) застосування спеціальних слідчих методів, які можуть сприяти збиранню доказів у зв'язку з корупційними злочинами. У пояснювальному звіті до згаданої Конвенції вказується, що згадані методи можуть включати використання таємних агентів, прослуховування телефонних розмов тощо.

При здійсненні згаданого відмежування необхідно брати до уваги як положення відповідних законодавчих актів України, так і рішення ЄСПЛ.

Згідно зі ст. 6 Закону України від 18 лютого 1992 р. із змінами «Про оперативно-розшукову діяльність» підставою для проведення ОРД виступає наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, зокрема, про злочини, що готуються, та осіб, які готують їх вчинення. Виходячи з цього, виявлення і документування ознак корупційного злочину вважатиметься правомірною ОРД, яка відрізняється від кримінальної караної провокації підкупу, за умови, що має місце конкретна інформація про підготовлюваний корупційний злочин, відображена в джерелах, перерахованих у ч. 2 ст. 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність».

Джерелом вказаної інформації зазвичай виступають заяви осіб, причому, як зазначає М.Г. Арманов, таким заявником може бути: 1) особа, щодо якої мало місце вимагання неправомірної вигоди, але яка ще не погодилась на її надання; 2) особа, яка запропонувала, пообіцяла неправомірну вигоду; 3) третя особа, якій відомо про факт вимагання неправомірної вигоди або факт пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди [20, с. 158]. Якщо ж відповідної конкретної інформації немає, а працівники правоохоронних органів лише припускають, що ця особа може вчинити корупційний злочин, підстави для проведення ОРД відсутні, що дозволяє вести мову про провокацію підкупу (за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 370 КК). Наприклад, за наявності цієї статті КК неправомірними визнаватимуться дії правоохоронця, який, озброївшись технічними засобами для фіксації проявів корупції, видає себе за бізнесмена-початківця, який прагне зареєструвати свою підприємницьку діяльність у місцевих органах влади (звичайно, якщо немає заяв від осіб, які хотіли стати підприємцями, про вчинене стосовно них у цих органах влади вимагання неправомірної вигоди).

Згідно зі ст. 271 КПК за наявності достатніх даних про готування до тяжкого чи особливо тяжкого злочину або вчинення такого злочину може проводитися контроль за його вчиненням (зокрема, у формі спеціального

слідчого експерименту). При цьому ч. 3 ст. 271 КПК забороняє під час підготовки та проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому.

Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В.В. Навроцька справедливо зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість ймовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів [10, с. 236]. Проаналізувавши Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» і КПК, В.М. Киричко обґрунтовано зауважує, що закони України не надають права правоохоронним органам своїми діями (безпосередньо чи шляхом використання інших осіб) штучно викликати певні протиправні дії інших осіб з метою викриття останніх [4, с. 193]. Для виключення кваліфікації дій працівників правоохоронних органів за ст. 370 КК необхідним є підтвердження не зумовленого їх діями факту пропозиції, обіцянки, прийняття пропозиції чи обіцянки або вимагання неправомірної вигоди. Щонайменше відповідні корупційні дії мають бути вчинені до реєстрації кримінального провадження [20, с. 161].

А тепер звернемось до рішень ЄСПЛ. Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р. з питання застосування неправомірної провокації зазначається, що потрібно розмежувати справи, в яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих, де підозрюваний вже мав намір вчинити злочин. ЄСПЛ у цій справі встановив, що дії працівників поліції спровокували злочин, а доказів про схильність заявника до вчинення злочинів не було, як і підстав вважати, що злочин було б вчинено ним без втручання працівників поліції.

Необхідно враховувати і рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 р., винесене за заявою колишнього прокурора, засудженого за одержання хабара, який скаржився на те, що його підбурили до вчинення злочину і, таким чином, порушили його право на справедливий судовий розгляд справи. ЄСПЛ вирішив, що співробітники МВС, не обмежившись пасивним розслідуванням, підбурили заявника до вчинення злочину, за який його було засуджено, і що немає підстав вважати, що він вчинив би його без їхнього втручання. Суд також зазначив, що в кримінальній справі немає доказів, які б підтверджували, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема, пов'язані з корупцією, і що, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається незаконною діяльністю. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції; такі докази мають визнаватись недопустимими.

У рішенні ЄСПЛ від 27 жовтня 2004 р., винесеному в справі «Едвардс та Льюїс проти Сполученого Королівства», йдеться про те, що вимоги, закладені в принципі справедливого судового розгляду, не допускають використання на суді доказів, отриманих у результаті підбурювання поліцейськими до вчинення особою злочину. Хоч в англійському праві наявність провокації з боку влади не є істотною підставою для захисту, норми права тим не менш покладають на суддю обов'язок (за наявності провокації) припинити провадження у справі з посиланням на використання судової процедури в незаконних цілях чи виключити будь-який доказ, отриманий шляхом провокування злочину.

У рішенні ЄСПЛ, винесеному в справі «Банніков проти Росії» від 4 листопада 2010 р., зазначені виключні критерії, за яким оперативні дії, що симулюють правопорушення, пов'язані з хабаром, є правомірними. По-перше, це «матеріальний тест», який включає в себе такі елементи: 1) правопорушення було б вчинене і без втручання представників правоохоронних органів, 2) офіцер під прикриттям просто «приєднався» до вже вчинюваного правопорушення і не підбурював до його вчинення; 3) суб'єкт такої оперативної дії не зазнав будь-якого примушування до вчинення правопорушення. По-друге, це «процесуальний тест» – дотримання процедури, за якою визначається вина у підбурюванні. І в інших рішеннях ЄСПЛ знайшло відображення негативне ставлення до провокаційної діяльності правоохоронців, яка полягає в підбурюванні осіб до вчинення злочинів (зокрема, це рішення в справах: «Калабро проти Італії» від 21 березня 2002 р.;

«Г.А. Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 р.; «Худобін проти Росії» від 26 жовтня 2006 р.; «Мілінієне проти Литви» від 24 червня 2008 р.).

Оцінюючи відповідну практику ЄСПЛ, М.А. Погорецький зазначає, що цей Суд чітко встановив межі дозволеного під час проведення правоохоронними органами негласних слідчих дій. Так, якщо правоохоронці з метою штучного збільшення показників боротьби зі злочинністю залучають для цього спеціально підготовлену особу, яка під їхнім контролем провокує «злочинця» до кримінального правопорушення, то докази на підтвердження винуватості, здобуті в ході такої провокації, суд зобов'язаний визнати недопустимими, а обвинуваченого – виправдати. Разом з тим, якщо працівники правоохоронних органів обмежились пасивним спостереженням за злочинною поведінкою особи, а в ході проведення негласних слідчих дій мав місце судовий контроль за дотриманням прав і свобод особи, отримані докази відповідатимуть критеріям допустимості [21, с. 41–42].

Отже, виявлення службовою особою вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного наміру (надати, запропонувати або пообіцяти неправомірну вигоду, прийняти пропозицію, обіцянку чи одержати

неправомірну вигоду) і створення цієї службовою особою можливостей для реалізації вказаного наміру, якщо відсутнє підбурювання до таких дій шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим чином із метою подальшого викриття, не можна вважати провокацією підкупу. Якщо при провокації підкупу винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття, то при проведенні правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти. Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу (ст. 370 КК) дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коли ця особа вимагає або навіть просить неправомірну вигоду, а інша особа для викриття корупціонера погоджується на задоволення цієї вимоги (прохання), а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду.

З тим, щоб у законодавчому порядку провокацію хабара (наразі – провокацію підкупу) відмежувати від правомірної діяльності, спрямованої на виявлення і документування фактів давання чи одержання хабара, О.М. Грудзур запропонував доповнити ст. 370 КК ч. 3 такого змісту: «Не є злочином діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені працівником оперативного підрозділу, який відповідно до закону уповноважений на проведення оперативно-розшукової діяльності, або за дорученням такого працівника іншою особою, що залучається відповідно із законом до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, якщо вчинення цих діянь відбувалося за наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності і в порядку, визначеному законодавством» [14, с. 10, 188–189].

Сумніваюсь у доцільності такого варіанту вдосконалення ст. 370 КК. По-перше, і за чинного законодавства України (про ОРД, кримінального процесуального) зрозуміло, що проведені відповідно до цього законодавства заходи, покликані викрити корупціонерів, завдяки своєму правомірному характеру не утворюють складу злочину «провокація підкупу». По-друге, пропонується новела, будучи занадто абстрактною, не містить ключового в цьому разі положення – про те, що не визнається провокацією підкупу виявлення уповноваженою особою держави вже існуючого в особи та вираженого зовні відповідного злочинного наміру. По-третє, з огляду на предмет регулювання матеріального кримінального права, місце сформульованій О.М. Грудзуром норми – явно не в КК.

Насамкінець зазначу, що основна проблема протидії провокації підкупу лежить наразі не в кримінально-правовій площині, адже чинний КК, як показано вище, дозволяє належним чином реагувати на таку негідну поведінку, застосовувати за неї відповідні заходи кримінально-правового характеру. Практика неправомірної провокації в діяльності правоохоронних органів потребує якщо не викорінення, то принаймні мінімізації шляхом удосконалення механізму її виявлення. Адже на сьогодні має місце ситуація застосування неправомірної провокації з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності за певний корупційний злочин за відсутності при цьому кримінально-правового реагування на зазначену поведінку.

1. Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією / В. Навроцький // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157–162.
2. Морозюк А. Рівняння з двома змінними. Ще раз про провокацію хабара [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrop-ua.net/publications/society/1172-rvnyannya-z-dvoma-zmnnimi-sche-raz-pro-provokacyu-habara.html>.
3. Фріс П.Л. Вибрані праці / П.Л. Фріс. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2014. – 652 с.
4. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.
5. Мельник М.І. Хабарництво : загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства : монографія / М.І. Мельник. – К. : Парламентське видавництво, 2000. – 256 с.
6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т. Т. 1. – М. : Наука, 1994. – 380 с.
7. Радачинский С.Н. Ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 Радачинский Сергей Николаевич. – Ростов-на-Дону, 1999. – 188 с.
8. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. / Н.М. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
9. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Альошина Ольга Іванівна. – Х., 2007. – 204 с.
10. Навроцька В.В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації / В.В. Навроцька // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 4. – С. 235–241.

11. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.
12. Жлобінська Л. Провокація правоохоронних органів на вчинення кримінальних правопорушень / Л. Жлобінська // Юридичний вісник. – 2014. – № 5. – С. 212–215.
13. Козак О.С. Провокація злочину за КК України та у практиці Європейського суду з прав людини / О.С. Козак, О.Б. Панахі // Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблистий. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 95–98.
14. Грудзур О.М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Грудзур Олег Михайлович. – К., 2011. – 229 с.
15. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України / П.П. Андрушко. – К. : Атіка, 2012. – 332 с.
16. Кримінальне право України : Загальна частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
17. Шведова Г.Л. Заходи кримінально-правового характеру в системі заходів протидії корупції в Україні / Г.Л. Шведова // Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу : розвиток та інтеграція: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 27 листоп. 2015 р.). – К. : Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 330–333.
18. Кваша О.О. Співучасть у злочині : структура та відповідальність : монографія / О.О. Кваша. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.
19. Веретянников В.В. Деякі аспекти доцільності існування кримінальної відповідальності за провокацію хабара або комерційного підкупу / В.В. Веретянников // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 1. – С. 95–102.
20. Арманов М.Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення / М.Г. Арманов // Антикорупційна політика України : актуальні проблеми забезпечення ефективності : збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – С. 156–162.
21. Погорецький М.А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності / М.А. Погорецький // Вісник кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С. 33–43.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 375 КК УКРАЇНИ¹

Останнім часом у вітчизняній юридичній літературі значна увага звертається на проблематику кримінальної відповідальності за постановленням суддею завідомо неправосудного рішення. Здебільшого це можна пояснити процесами, що відбуваються в сьгоднішньому українському суспільстві, коли одним із першочергових завдань розвитку держави визнано реформування судової системи в напрямі подолання корупції та інших негативних явищ у цій гільці влади.

Незважаючи на належність основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 375 КК України, до числа злочинів середньої тяжкості, суспільну небезпечність цього посягання на правосуддя не варто недооцінювати. Адже постановлення завідомо неправосудного судового рішення не лише призводить до негативних наслідків безпосередньо для тих суб'єктів правовідносин, яких зачіпає таке рішення, а і породжує в людині відчуття незахищеності, недовіри і неповаги до державних інституцій, девальвує у свідомості членів суспільства суть права, законності і справедливості, призводить до ігнорування законів і недооцінки їх регулятивної ролі, посягає на саму серцевину здійснення правосуддя, загалом дискредитує Україну як державу [1].

Питання кримінальної відповідальності за постановленням завідомо неправосудного судового рішення плідно розглядали, зокрема, П.П. Андрушко, В. М. Бурдін, О. О. Кваша, О. М. Костенко, О. М. Лемешко, В. О. Навроцький, О. М. Овчаренко, М. А. Погорецький, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, А. В. Щасний. Такі автори, як В. М. Єднак, С. Є. Дідик і Н. Д. Квасневська, присвятили вказаним питанням свої кваліфікаційні наукові праці. Однак попри те, що зазначена проблематика активно розробляється, чимало аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 375 КК України «Постановленням суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови», залишаються дискусійними як у доктрині, так і на практиці. Про це переконливо свідчить обговорення проекту постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) «Про судову практику у справах про постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» (далі – проект постанови), розробленого, як указано в преамбулі цього документа, з метою забезпечення правильного та однакового застосування ст. 375 КК України.

До числа таких, що не мають однозначного вирішення, є підстави віднести, зокрема, питання про: види судових рішень як предмет вказаного злочину; поняття неправосудності судового рішення; визнання зміни (скасування) неправосудного рішення обов'язковою умовою застосування ст. 375 КК України; момент закінчення відповідного злочину, розуміння тяжких наслідків як однієї з кваліфікуючих ознак; співвідношення ст. 375 КК України із кримінально-правовими нормами про відповідальність за злочини в сфері службової діяльності; розмежування складів злочинів, передбачених ст. 375 і ст. 371 КК України; кваліфікацію постановлення судового рішення суддею, строк повноважень якого на час постановлення такого рішення закінчився, а також суддею, який пішов у відставку, перебував у відпустці, на лікарняному, у відрадженому, був відсторонений від посади в установленому законом порядку; розмежування кримінальної і дисциплінарної відповідальності судді за неправосуддя; доцільність запровадження самостійної кримінальної відповідальності за постановленням неправосудного судового рішення через необережність. Окрім того, інколи висловлюються сумніви щодо конституційності кримінально-правової заборони, присвяченої постановленню завідомо неправосудного судового рішення, лунають радикальні пропозиції скасувати її або, навпаки, виключити з неї згадування про завідомість.

Автори цих рядків мають на меті розглянути частину перерахованих спірних питань, висловивши щодо них свою позицію і «прив'язуючись» при цьому до положень проекту постанови, в опрацюванні якого їм довелося взяти участь. Вважаємо, що виважений, позбавлений політичної кон'юнктури та упередженості науковий аналіз дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 375 КК України, потрібен, аби сприяти запобіганню зловживанням при застосуванні цієї кримінально-правової заборони – причому як у формі незаконного впливу на суддю за його правову позицію в справі [2], так і у вигляді уникнення кримінальної відповідальності у випадку постановлення суддею рішення з грубими порушеннями матеріального та (або) процесуального законодавства, які не могли не бути для нього очевидними та охоплювалися його умислом.

Виходячи з диспозиції ч. 1 ст. 375 КК України, предметом злочину, передбаченого цією нормою, є такі судові рішення, як вирок, рішення, ухвала і постанова. Науковці обґрунтовано зазначають, що це судові акти незалежно від того: а) яка судова інстанція їх постановила (суд першої, апеляційної чи касаційної інстанції); б) яка галузева належність розглянутої справи (кримінальна, цивільна, адміністративна, господарська) [3]; в) яким складом суду було постановлено судовий акт – колегіально чи одноособово [4]. Про те саме зазначає і Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) в ухвалі від 20 листопада 2014 р.

¹ Стаття написана в співавторстві з Л.М. Палюх та опублікована: Вісник Асоціації кримінального права України. – 2016. – № 1. – С. 280–328.

(справа № 5-24кс14) [5] і постанові від 18 червня 2015 р. (справа № 5-56кс15) [6]. Разом з тим у ч. 1 ст. 375 КК України не названо такий вид судових рішень, що приймаються в рамках конституційного судочинства, як висновок Конституційного Суду України (далі – КСУ), а у сфері цивільного судочинства – судовий наказ. Тому окремі дослідники запропонували доповнити перелік судових рішень в диспозиції ч. 1 ст. 375 КК України, включивши до нього судовий наказ і висновок [7].

Ситуація, щоправда, позбавлена однозначності, не дивлячись на існування ч. 3 ст. 124 Конституції України, згідно з якою судочинство в Україні здійснюється КСУ та судами загальної юрисдикції. Тлумачачи зміст ст. 124 Конституції України, КСУ також констатує, що правосуддя здійснюється виключно судами у відповідних формах, у т. ч. шляхом конституційного судочинства [8]. Не всі правники погоджуються з викладеним підходом (попри те, що він базується на нормах Основного Закону). Як у теорії конституційного права, так і в доктрині кримінального права питання, чи належить КСУ до судової гілки влади та чи здійснює він правосуддя, є дискусійним. Існує позиція (її послідовним прибічником виступає, зокрема, В. О. Навроцький), згідно з якою судді КСУ не можуть нести кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя, а акти, ухвалені КСУ в процесі здійснення конституційного судочинства, не мають визнаватись предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України [9].

О. М. Овчаренко з цього приводу зазначає, що довести завідомо неправосудність рішень КСУ неможливо навіть теоретично, оскільки цей Суд дає власну оцінку нормативним актам компетентних органів держави, а зміст його рішень в основному відображає бачення більшості складу суддів КСУ певної правової проблеми. КСУ не розглядає справи по суті, не визначає в своїх рішеннях права та обов'язки конкретних сторін, крім обов'язку вищих органів державної влади привести нормативні акти у відповідність до своїх рішень. У зв'язку з цим авторка пропонує усунути з переліку судових рішень, указаних у ст. 375 КК України, акти (рішення) КСУ – або шляхом внесення змін до тексту цієї статті, або шляхом відповідного тлумачення положень ст. 375 КК України вищими судовими органами [10].

На думку р. І. Мельника, оскільки конституційне судочинство не є правосуддям, притягнення суддів КСУ, що прийняли завідомо неконституційний акт, до кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя не відповідає характеру таких правовідносин, що зумовлює необхідність визначення місця відповідної (нової) кримінально-правової заборони в структурі Особливої частини КК України. З огляду на те, що незаконні рішення КСУ неминуче завдають шкоди конституційному ладу та становлять реальну загрозу національній безпеці, пропонується передбачити таку відповідальність у розділі І Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки України» [11].

Поряд із цим можна навести аргументи фахівців, які вважають КСУ невід'ємною частиною судової влади. Так, М. І. Козюбра доводить, що КСУ належить не до контрольно-наглядової влади, а до судової влади [12]. Інакше кажучи, заперечується теза окремих дослідників про те, що КСУ здійснює не правосуддя, а конституційний контроль. Реалізація КСУ своїх повноважень визнається здійсненням правосуддя, яке полягає в застосуванні норм Конституції України до законів та інших правових актів, конституційність яких оскаржується, в оцінці їх конституційності [13].

А. О. Селіванов пише, що за ознаками судової влади конституційне правосуддя – це особливий вид судової діяльності, яка відображає застосування вищої компетенції у вирішенні конституційно-правових засад функціонування права і держави, зважаючи на суспільні пріоритети і цінності, притаманні правовій демократичній державі. Основою призначення конституційної юрисдикції полягає в тому, щоб у результаті розгляду в конституційному судочинстві предмета дослідження була остаточно встановлена істина про право. У діяльності КСУ є спір про право [14].

М. Д. Савенко виділяє такі функції КСУ: правосуддя; конституційний контроль; офіційне тлумачення Конституції та законів України; правова охорона Конституції України; забезпечення додержання принципу поділу державної влади (арбітражна); захист конституційних прав і свобод. КСУ розглядає і вирішує спори та конфлікти між вищими органами державної влади щодо їх нормотворчих повноважень та компетенції, спори щодо конституційності нормативно-правових актів, правильності їх застосування при офіційному тлумаченні, забезпечує захист конституційних прав і свобод. Усі спори і конфлікти, інші питання, віднесені до його компетенції, він розглядає за встановленою процедурою і приймає рішення від імені держави. На підставі цього робиться висновок про те, що правосуддя є функцією КСУ [15].

Таким чином, КСУ не лише формально належить до судової гілки влади, а і здійснює правосуддя. З урахуванням висловленого і змісту законодавчих норм, які регулюють діяльність судової системи України, можна зробити висновок про те, що правосуддя – це особливий вид державної діяльності, що здійснюється КСУ та судами загальної юрисдикції на підставі закону, зміст якої становить розгляд і вирішення судових справ з метою забезпечення гарантованих Конституцією та іншими законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства та держави, результатом чого є постановлення судового рішення, яке має загальнообов'язковий характер.

Відповідно до ст. 15 Закону України (далі – ЗУ) «Про Конституційний Суд України» підставами для прийняття КСУ рішення щодо неконституційності правових актів повністю чи в їх окремих частинах є: невідповідність Конституції України; порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності; перевищення конституційних повноважень при їх прийнятті. Є підстави припустити, що при ухваленні рішення чи висновку судді КСУ можуть постановити такі акти, які явно не відповідають нормам Конституції України або порушують останні. Зважаючи на значення рішення, висновку КСУ для життя всього суспільства (зокрема, його політичної системи), суспільна небезпечність постановлення КСУ завідомо неправосудного рішення є значно вищою за суспільну небезпечність подібного діяння, вчиненого судом загальної юрисдикції. Адже шкода в цьому випадку заподіюється в масштабах усієї держави. Разом із тим тут важливо розмежовувати такі поняття, як позиція судді та об'єктивні ознаки неправосудності судового рішення. Це, що правда, стосується не лише актів, ухвалюваних КСУ під час здійснення конституційного судочинства, а і рішень судів інших юрисдикцій під час здійснення ними відповідних видів судочинства.

Звернемо увагу і на те, що згідно зі ст. 63 ЗУ «Про Конституційний Суд України» рішення приймаються КСУ, а висновки даються ним поіменним голосуванням шляхом опитування суддів КСУ. Рішення і висновки КСУ мотивуються письмово, підписуються окремо суддями КСУ, які голосували за їх прийняття та які голосували проти їх прийняття. Ці акти є остаточними і не підлягають оскарженню. Водночас відповідно до ст. 64 ЗУ «Про Конституційний Суд України» суддя КСУ може висловити свою окрему думку, яка викладається суддею в письмовій формі і додається до рішення чи висновку КСУ. Цілком очевидно, що викладення суддею окремої думки свідчить про відсутність в його діях складу розглядуваного злочину при постановленні КСУ як колегіальним органом завідомо неправосудного рішення. Взагалі проблема доведення завідомої неправосудності судового рішення, на яку стосовно актів КСУ слушно вказує О.М. Овчаренко, постає щодо будь-яких судових рішень, і перебуває ця проблема в іншій площині, ніж питання про визнання (невизнання) того чи іншого пов'язаного зі здійсненням правосуддя процесуального документа предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України.

На підставі викладеного підтримуємо згадану вище доктринальну пропозицію доповнити перелік судових рішень, що є предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України, такими видами судових рішень, як висновки і судовий наказ [16]. Інша справа, що «правовою реалією сьогодення є неможливість притягнення суддів КСУ за прийнятті ними рішення до будь-якого виду юридичної відповідальності і, зокрема, до кримінальної» [17]. Залишається сподіватись на те, що під час проведення задекларованої конституційної реформи відображені в ч. 3 ст. 28 ЗУ «Про Конституційний Суд України» [18] принципи «непогрішимості і безвідповідальності» суддів КСУ будуть скасовані або принаймні зазнають серйозної трансформації.

Принагідно зауважимо, що згідно зі ст. 15 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» справи в судах у випадках, визначених процесуальним законом, розглядаються колегією суддів, а в ст. 375 КК України йдеться про постановлення завідомо неправосудного рішення як суддею, так і суддями. З урахуванням цієї обставини, а також думок науковців [19] пункт проекту постанови, в якому наводяться роз'яснення щодо суб'єкта досліджуваного злочину, ми запропонували доповнити таким положенням: «У разі, якщо завідомо неправосудне рішення було поставлено колегією суддів, за ст. 375 КК України не підлягає відповідальності суддя, який виклав свою окрему думку, що є в матеріалах справи, з якої вбачається його незгода з постановленим судовим рішенням» [20].

Разом з тим ми підтримали включення у проект постанови (абз. 2 п. 4) роз'яснення про те, що неусвідомлення неправосудності судового рішення, постановленого колегією суддів, суддею зі складу цієї колегії виключає його відповідальність за ст. 375 КК України навіть за відсутності належним чином оформленої окремої думки такого судді як своєрідної гарантії його невинуватості. Натомість, В. І. Шаkun піддав це положення проекту постанови критиці на тій підставі, що невисловлення суддею окремої думки означає його згоду із судовим колегіальним рішенням, а тому подальше пояснення такого судді про те, що він не усвідомлював неправосудності судового рішення, може свідчити про його бажання уникнути кримінальної відповідальності. Так, може свідчити, однак не виключаються принципово інші ситуації, коли в діях судді – члена колегії немає умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України (наприклад, суддя-доповідач перекидає в своїй доповіді матеріали справи, вводячи в оману інших членів колегії суддів).

Повертаючись до проблеми визначення предмета розглядуваного злочину, відзначимо, що інколи висловлюється пропозиція замінити законодавче формулювання «постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» більш узагальненим зворотом, який би охоплював усі види актів, що приймаються судом під час здійснення судочинства незалежно від виду. Так, Н. Д. Квасневська зазначає, що в контексті ст. 375 КК України «постановлення» може стосуватись або рішення, або документа, або дії, або їх сукупності, які охоплюються єдиним поняттям – «акт». Зважаючи на це, авторка пропонує в назві і тексті ст. 375 КК України словосполучення «вироку, рішення, ухвали або постанови» замінити зворотом «акта судової влади», водночас доповнивши цю статтю КК приміткою, яка б розкривала поняття «акта судової влади» [21].

Однак поняття «акт», як зазначає сама Н. Д. Квасневська, може означати і дію, і їх сукупність [22]. Водночас у ст. 375 КК України йдеться (має йтися і надалі) про вид процесуального документа, що постановляється судом

і породжує (здатний породити) юридичні наслідки у разі набрання ним законної сили. Отже, слід погодитися з тим, що в цьому разі доречніше використовувати таке поняття, як судові рішення, що використовується в процесуальних галузях права для узагальненого позначення всіх видів процесуальних документів, які постановляються судами під час здійснення судочинства. Зокрема, термін «судове рішення» (стосовно всіх видів актів, що приймаються судом) використовується в ст. 369 КПК України «Види судових рішень» і ст. 208 ЦПК України з однойменною назвою.

В. М. Єднак також зазначає, що предмет злочину, передбаченого ст. 375 КК України, доцільно позначати узагальненим терміном «судове рішення», до якого потрібно відносити: вирок (виправдувальний або обвинувальний), ухвалу судді (суду), ухвалу слідчого судді (у кримінальному провадженні); рішення, заочне рішення, судовий наказ, ухвалу, постанову суду (у цивільному судочинстві); рішення та ухвали суду (у господарському судочинстві); постанову та ухвалу суду (в адміністративному судочинстві); постанову (у провадженні про адміністративне правопорушення); висновки та рішення (у провадженні КСУ) [23]. За використання в удосконаленій ст. 375 КК України формулювання «рішення суду» висловлюються О.М. Овчаренко та О.М. Лемешко, слушно стверджуючи, що воно є найбільш загальним та охоплює всі можливі процесуальні рішення суду [24].

Отже, для того, щоб охопити розглядуваною кримінально-правовою заборонаю всі види судових рішень, назву ст. 375 КК України варто сформулювати таким чином: «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного судового рішення». Водночас заслуговує на підтримку позиція законодавця, який в диспозиції ч. 1 чинної редакції вказаної статті КК перераховує (хоч і не повно, про що говорилося вище) види судових рішень, що є предметом злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою.

При визначенні предмета досліджуваного злочину серед науковців доволі поширеною є позиція, відповідно до якої неправосудне рішення – це лише той незаконний і необґрунтований процесуальний акт, яким справа вирішується по суті [25]. Так, Н. Д. Квасневська зазначає, що не тягне за собою кримінальну відповідальність постановлення завідомо неправосудного рішення, що не вирішує справу по суті (необґрунтована відмова викликати свідка, призначити проведення експертизи, здійснити закритий розгляд справи тощо) [26]. Подібну точку зору висловлює Н. Р. Ємеєва, на переконання якої судові акти, що вирішують питання лише організаційного характеру, не торкаються суті справи і не утискають прав і законних інтересів учасників процесу (наприклад, рішення про порядок ведення судового засідання або допиту свідків), не є предметом злочину, караного за ст. 305 КК РФ [27] (аналог ст. 375 КК України).

О. М. Овчаренко та О. М. Лемешко уточнюють, що ст. 375 КК України повинна стосуватись як рішень суду по суті справи, так і тих рішень, які приймаються на досудових стадіях провадження у кримінальній справі і пов'язані з обмеженням особистої свободи осіб. Організаційно-розпорядчі ж акти суду не є предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Сказане стосується й актів суду, що не підлягають оскарженню. Ставиться і питання, наскільки доречним є кримінальне переслідування судді за постановлення, наприклад, завідомо неправосудної ухвали про залишення позовної заяви без руху, якщо існують процесуальні механізми (ст. 121 ЦПК України) впливу на цю ситуацію [28].

Ще одна наукова позиція полягає в тому, що кримінальна відповідальність за постановлення завідомо неправосудного судового акта настає не лише, якщо останній вирішує справу по суті, а й у випадку, коли постановлення такого судового акта спричинило тяжкі наслідки або було вчинено з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах (наприклад, постановлення завідомо неправосудної ухвали про зупинення провадження у справі з продовженням дії заходів забезпечення позову, що може істотно порушувати права відповідача). У такому разі вчинене пропонується кваліфікувати за ч. 2 ст. 375 КК України [29]. Очевидно, що з урахуванням чинної редакції ст. 375 КК України в цьому контексті мала б фігурувати і мета перешкоджання законній професійній діяльності журналіста як ще одна кваліфікуюча ознака розглядуваного злочину.

Із викладеною позицією погодитись складно. У ч. 2 ст. 375 КК України передбачено кваліфікований склад постановлення завідомо неправосудного судового рішення, і зміст ознак об'єктивної сторони (в нашому випадку – діяння) у ньому має бути таким самим, як і в основному складі злочину (ч. 1 ст. 375 КК України). Крім цього, на наш погляд, слід виходити не з того, чи вирішує певне судове рішення справу по суті, а з того, чи заподіює (здатне заподіяти) постановлення такого судового рішення істотну шкоду охоронюваним законом суспільним відносинам. У наведеному прикладі (постановлення завідомо неправосудної ухвали про зупинення провадження у справі з продовженням дії заходів забезпечення позову, що може істотно порушувати права відповідача) діяння є суспільно небезпечним, у зв'язку з чим є підстави кваліфікувати його за ч. 1 ст. 375 КК України.

Зі змісту цієї кримінально-правової норми не випливає, що предметом передбаченого нею злочину є лише те судове рішення, яким справа вирішується по суті: формально (буквально) у цій кримінально-правовій нормі говориться про постановлення будь-якого завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Оскільки жодних застережень тут не зроблено, це не обов'язково має бути судове рішення, яким справа вирішується по суті [30]. Звичайно, можна дискутувати з приводу того, наскільки виваженою (доцільною) є

така позиція вітчизняного законодавця, але вона виражена доволі чітко, і (треба так розуміти) саме з цього виходили укладачі проекту постанови. Цікаво, що при опрацюванні останнього Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України підтримав позицію, відображену в п. 2 проекту постанови, з огляду на відсутність кримінально-правових підстав для звуження предмета відповідного злочину.

При вирішенні цього питання слід брати до уваги і ту обставину, що судова влада виконує, крім основної функції – відправлення правосуддя, інші функції, у т. ч. судовий контроль за законністю та обґрунтованістю застосування засобів процесуального примусу, офіційне посвідчення фактів, що мають юридичне значення, обмеження конституційної та іншої галузевої правосуб'єктності громадян України [31]. Законність та обґрунтованість прийняття судами рішень (процесуальних актів) при здійсненні відповідних функцій у межах відповідного виду судочинства (кримінального, цивільного, адміністративного, господарського, конституційного) також охороняються за допомогою ст. 375 КК України. Тому і з цієї точки зору не можна стверджувати, що рішення суду, якими справа не вирішується по суті, не є предметом розглядуваного злочину.

Повторимо, що в цьому разі, на нашу думку, слід виходити з того, чи заподіяло завідоме постановлення відповідного судового рішення істотну шкоду охоронюваним законом суспільним відносинам. Цілком очевидно, що така шкода може заподіюватись і внаслідок постановлення процесуального акта, яким справа не вирішується по суті (сказане стосується, наприклад, постановлення судових рішень, які визначають подальший хід справи). Як слушно зауважує П. П. Андрушко, при кваліфікації діяння за ст. 375 КК України необхідно встановити, що вчинене правопорушення є суспільно небезпечним у кримінально-правовому розумінні, не є малозначним і вчинене за відсутності обставин, що виключають злочинність діяння. Не дивлячись на формальний характер складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України, питання про визнання судового рішення неправосудним має вирішуватись з урахуванням, зокрема, ч. 2 ст. 11 КК України – досягло чи ні постановлення судового рішення суспільної небезпеки в кримінально-правовому значенні [32].

Предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України, навряд чи повинна визнаватись окрема ухвала суду [33]. Адже постановлення такого роду судових рішень немає підстав визнавати суспільно небезпечним діянням (ч. 2 ст. 11 КК України). До речі, за нежиття заходів щодо окремої ухвали суду наразі передбачено не кримінальну, а адміністративну відповідальність (ст. 185-6 КУпАП). *De lege ferenda* в диспозиції ч. 1 ст. 375 КК після перерахування видів судових рішень доцільно зробити негативне застереження «(крім окремої ухвали суду)». Водночас ухвали суду про відмову у відкритті провадження у справі, а так само ухвали про зупинення провадження у справі, коли при цьому вжито заходів для забезпечення позову, за наявності підстав мають визнаватись предметом аналізованого злочину при тому, що вони не є судовими рішеннями, якими справа вирішується по суті. Виходимо з того, що постановлення таких процесуальних актів означає порушення права особи на справедливий суд.

Судова практика також рухається шляхом визнання предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України, не лише тих судових рішень, якими справа вирішується по суті.

Так, вироком Кременчуцького районного суду Полтавської області від 26 червня 2013 р., зокрема, за ч. 2 ст. 375 КК України було засуджено суддю Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області. Встановлено, що цей суддя не лише постановив завідомо неправосудне рішення про визнання дійсним договору купівлі-продажу будинку з надвірними будівлями і про визнання за певною особою права власності на вказаний будинок, а і склав завідомо неправдиву ухвалу про роз'яснення раніше виданого ним неправосудного рішення. Вказана ухвала визнана неправосудною, оскільки постановлена з порушенням передбаченого ЦПК України порядку прийняття суддею ухвали та без повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог, і заперечень, підтверджених доказами [34].

З урахуванням викладеного вираженою видається позиція О. С. Гореліка, який виділяє (конкретизує) види судових рішень, що можуть бути предметом злочину, передбаченого ст. 305 КК РФ. Це: 1) судові акти, якими завершується розгляд справи в суді будь-якої інстанції (вирок у кримінальній справі, рішення у цивільній справі, постанова у справі про адміністративне правопорушення тощо) або робиться висновок про винуватість (невинуватість) особи в кримінальній справі; 2) рішення, які, хоч і не завершують розгляд справи, торкаються основних прав і свобод людини, зокрема, гарантованого судового захисту прав і свобод; 3) рішення, що приймаються під час попереднього слухання у кримінальній справі, якщо вони визначають подальше вирішення справи по суті (наприклад, про виключення доказів); 4) акти, що виносяться судом, які підлягають розгляду при виконанні вироку (наприклад, про заміну одного виду покарання іншим, умовно-дострокове звільнення); 5) судові акти, що обмежують доступ до правосуддя (зокрема, постанови у кримінальних справах, винесені по скаргах на рішення органів розслідування або прокурора); 6) ухвали суду в цивільних справах, якщо ці акти, хоч і не вирішують справу по суті, перешкоджають подальшому руху справи (це стосується закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду) [35].

Підсумовуючи викладене вище щодо видів судових рішень як предмета аналізованого злочину, відзначимо, що вказівка в п. 2 проекту постанови не лише на ті судові рішення, якими завершується по суті розгляд справ,

а і на будь-які судові рішення, пов'язані з розглядом відповідних справ у судах, а так само на ухвали слідчих суддів [36], загалом заслуговує на підтримку [37]. Разом з тим варто наголосити на необхідності з'ясування питання, чи заподіяло постановлення певного завідомо неправосудного судового рішення істотну шкоду охоронюваним законом суспільним відносинам і, відповідно, про можливість застосування в конкретному випадку неправосуддя ч. 2 ст. 11 КК України.

У п. 3 проекту постанови пропонується роз'яснити, що для встановлення наявності в діянні особи ознак складу злочину, передбаченого ст. 375 КК, не вимагається, щоб судові рішення, у завідомому постановленні якого підозрюється (обвинувачується) особа, було скасоване чи змінене судом вищого рівня. Водночас у цьому пункті проекту під підзаголовком «варіант» можна прочитати протилежне: зазначений висновок не відповідає положенням Конституції України щодо презумпції законної сили не скасованого судового рішення, а тому кримінальна відповідальність може наставати лише в разі скасування судового рішення. Думки представників суддівського корпусу, як і думки науковців, із поставленого питання застосування ст. 375 КК України розділились [38].

Щодо згаданої у проекті постанови презумпції законної сили не скасованого судового рішення, то відповідно до ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні (а оцінка законності судових рішень є формою реалізації правосуддя) здійснюється виключно судами, привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається, а судові рішення ухвалюються судами іменем України та є обов'язковими до виконання на всій території України. Відповідно до ст. 13 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається законом. У розвиток цих приписів у нормах процесуального законодавства України закріплено положення про те, що обставини, встановлені судовим рішенням, яке набрало законної сили, вважаються встановленими і не підлягають доказуванню.

У п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 13 червня 2007 р. № 8 «Про незалежність судової влади» роз'яснюється, що рішення суду вважаються законними, доки вони не скасовані в апеляційному чи касаційному порядку або не переглянуті компетентним судом в іншому порядку. Виключне право перевіряти законність та обґрунтованість судових рішень має відповідний суд згідно з процесуальним законодавством; органи, які вирішують питання про дисциплінарну відповідальність та відповідальність за порушення присяги судді, не наділені законом повноваженнями оцінювати законність судового рішення [39]. ВСУ послідовно наполягає на тому, що судові рішення є законним і обов'язковим для виконання, доки воно не скасоване в порядку, передбаченому процесуальним законом. При розгляді заяви про вчинення суддею злочину, передбаченого ст. 375 КК України, це слід враховувати уповноваженій особі при внесенні відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань. Підставою для відкриття кримінального провадження за ст. 375 КК України визнається скасування оскаржуваного судового акта апеляційною чи касаційною інстанцією [40].

Таким чином, навіть у тому разі, коли судові рішення фактично є неправосудним, воно підлягає виконанню.

З урахуванням наведеного у період дії попереднього КПК України зазвичай наголошувалося на необхідності до порушення кримінальної справи за ст. 375 КК України отримати рішення апеляційного чи касаційного суду про скасування вироку, рішення, ухвали або постанови, що є предметом злочину, передбаченого цією статтею. Вказувалось і на бажаність того, щоб таке рішення містило висновок про неправосудний характер скасованого судового акта. Водночас відзначалась можливість порушення кримінальної справи стосовно судді без скасування неправосудного рішення за наявності достатніх даних про вчинення злочину, передбаченого ст. 375 КК України, а саме прямих доказів, що викривають суддю (наявність пояснень учасників судового процесу про явну фальсифікацію рішення, підроблення документів тощо) [41].

Отже, суть викладеної позиції полягає в тому, що неправосудність судового рішення як предмета аналізованого злочину має бути встановлена, так би мовити, попередньо – рішенням суду відповідної інстанції, який скасував чи змінив це судові рішення [42]. Навіть у разі очевидного порушення суддею норм матеріального чи процесуального права при постановленні рішення, якщо суди апеляційної та касаційної інстанції підтримали це судові рішення, кримінальне провадження на підставі ст. 375 КК України здійснюватися не може, виходячи з положень Конституції України та чинного процесуального законодавства. «Відкриваючи кримінальні провадження щодо суддів за ст. 375 КК України у випадках, коли судові рішення в установленому законом порядку не переглядалися або переглядалися та не скасовані, органи прокуратури, ставлячи під сумнів такі судові рішення, які набули чинності, фактично привласнюють функції судів, що є порушенням Конституції України» [43].

У подібному руслі висловлюється В. М. Єднак, який, розкриваючи зміст «неправосудності» як ознаки складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України, пише, що неправосудність вироку, рішення, ухвали або постанови має бути доведена ухваленням відповідного рішення вищестоящою інстанцією, тобто рішення має

бути переглянуте апеляційним або касаційним судом, ВСУ або за нововиявленими обставинами. Водночас він зазначає, що це не стосується ухвалення так званих строкових ухвал у кримінальному провадженні: їх неправосудність може бути доведена матеріалами досудового розслідування, оскільки в КПК України не передбачається можливість їх оскарження [44].

На думку інших вітчизняних дослідників [45], не можна погодитися з тим, що факт скасування судового рішення рішенням суду вищої інстанції чи зміна судового рішення, вказуючи на неправосудність останнього, є обов'язковою умовою застосування ст. 375 КК. Тим більше, що неправосудним може виявитися рішення вищої судової інстанції. Із приводу винятку, сформульованого В. М. Єднаком, вважаємо за доцільне навести висловлювання П. П. Андрушка про те, що визнання обов'язковою умовою кримінальної відповідальності судді за постановлення завідомо неправосудного рішення факту скасування цього рішення породжує питання, як бути із судовими рішеннями, які відповідно до процесуального законодавства (зокрема, КПК України) не підлягають оскарженню. Ким у цьому разі визнаватиметься факт неправосудності судового рішення? [46]. Згаданий учений вважає, що за відсутності рішення вищого суду, яким скасоване постановлене суддею рішення, останнє може оцінюватись органом досудового слідства і судом на предмет його неправосудності – якщо таке рішення не було або об'єктивно не могло бути предметом розгляду апеляційної чи касаційної судової інстанції (зокрема, смерть фізичної особи чи ліквідація юридичної особи, які могли подати апеляцію чи касаційну скаргу; відмова особи від оскарження незаконного рішення; рішення, що не підлягають оскарженню) [47].

У зауваженнях НДІ ВПЗ імені В. В. Сташиса НАПрН України на проект постанови було запропоновано в п. 3 цього документа вказати на те, що момент закінчення злочину, передбаченого ст. 375 КК України, не пов'язаний із необхідністю скасування чи зміною судового акта судом вищого рівня. Скасування чи зміна судового акта може свідчити про як його неправосудність, так і неправильність (помилковість); остання виключає умисел як форму вини, встановлення якої є необхідним для кваліфікації вчиненого за ст. 375 КК України.

Подібним чином розмірковує і М. І. Хавронюк, на думку якого, для визнання судового рішення неправосудним необхідно, щоб його неправосудність була підтверджена вищестоящою судовою інстанцією, адже судові рішення може бути скасовано в порядку, передбаченому процесуальним законом. Якщо ж йдеться про остаточне судові рішення, то про його правосудність чи неправосудність можна говорити на підставі встановлених фактів того, що воно було прийнято, наприклад, під впливом втручання в діяльність судді, погрози чи насильства щодо судді або у зв'язку з одержанням суддею хабара за винесення цього рішення. Остаточними судовими рішеннями є, наприклад: судові рішення судів першої інстанції, які за законом не підлягають перегляду в апеляційному чи касаційному порядку, або апеляційних судів, які не підлягають перегляду в касаційному порядку; рішення касаційних судів; рішення ВСУ [48].

До речі, якщо відповідальність за ст. 375 КК може наставати лише у випадку скасування чи зміни судового рішення у встановленому порядку, постає питання, як тоді в кримінально-правовому сенсі реагувати на постановлення завідомо неправосудного рішення КСУ при тому, що в п. 2 проекту постанови серед предметів злочину, передбаченого ст. 375 КК, фігурують (і ми підтримуємо цей підхід, про що йшлося вище) у т. ч. рішення КСУ, які оскарженню не підлягають. Останнє, до речі, стосується і рішень ВСУ.

Найбільш системно аргументи на користь положення про те, що відповідальність за ст. 375 КК України має наставати незалежно від того, чи скасоване (змінене) неправосудне судові рішення, виклав В. О. Навроцький. Зокрема, він зазначив, що: 1) існує значна кількість судових рішень, щодо яких не передбачено процесуальний порядок їх скасування (зміни), і виведення їх з-під дії ст. 375 КК України буде необґрунтованим; 2) скасування (зміна) судових рішень обумовлена волевиявленням учасників процесу, а відсутність такого волевиявлення означає, що судові рішення (навіть абсурдні) не буде скасоване (змінене), а це веде до безкарності суддів; 3) скасування і зміна судових рішень обмежені певними часовими рамками, і залежність можливості дотримання цих рамок від поведінки судді створює перешкоди для притягнення його до відповідальності за ст. 375 КК України; 4) скасування і зміна судових рішень обумовлені іншими судовими рішеннями, окремі з яких, у свою чергу, можуть бути завідомо неправосудними; 5) визнання в Україні пріоритету рішень ЄСПЛ означає, що наявність законної сили у судового рішення не виключає можливості визнання його неправосудним; 6) презумпція правомірності судового рішення належить до числа спростовних, і відкриття кримінального провадження за ст. 375 КК України є правовим засобом перевірки такої презумпції; 7) факт скасування (зміни) судового рішення є лише одним із доказів завідомої неправосудності судового рішення, і не можна визначати поняття ознаки складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України, залежно від того, у який спосіб доведена її наявність [49].

Два останні аргументи видаються достатніми для спростування позиції (певною мірою компромісної) колишнього очільника ВСУ В. Т. Маляренка, висловленої ним під час роботи над проектом постанови. Йдеться про те, що скасування і зміна судового рішення не потрібні для застосування ст. 375 КК України, якщо мають місце очевидні порушення закону (наприклад, покарання призначено з перевищенням верхньої межі санкції, накладено арешт на майно за відсутності цивільного позову і можливої конфіскації майна). Водночас стверджується, що не можна обійтись без скасування судового рішення чи його зміни, якщо потрібно оцінювати

докази, і очевидної неправосудності немає. Проте, на нашу думку, ніхто не заважає встановити і довести «неочевидну» неправосудність у межах кримінального провадження, відкритого за ознаками злочину, передбаченого ст. 375 КК України.

Звернемось до ст. 459 КПК України, яка передбачає підстави для перегляду судових рішень, що набрали законної сили, за нововиявленими обставинами. Однією з таких обставин названо зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження. Причому ця обставина (а вона, на наш погляд, безпосередньо стосується проблематики постановлення завідомо неправосудного судового рішення) повинна бути встановлена вироком суду, що набрав законної сили, а при неможливості ухвалення вироку – підтверджена матеріалами розслідування (ч. 3 ст. 459 КПК).

Оцінюючи подібні положення ст. 400-5 попереднього КПК України, науковці зауважували таке: «... якщо умовою притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України визнати обов'язкове скасування судового рішення вищестоящим судом, то отримаємо замкнене коло, оскільки органи досудового розслідування не зможуть порушити кримінальну справу за ст. 375 КК навіть за наявності приводів і підстав до того... А без винесення вироку суду не можна порушувати питання про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами» [50].

Фактично про те саме йдеться у зауваженнях Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України на проект постанови: механізмом, який уможлиблює втрату законної сили неправосудним судовим рішенням, є перегляд справи за нововиявленими обставинами, що, своєю чергою, може бути реалізовано лише за умови встановлення факту зловживання судді в порядку кримінального провадження за ст. 375 КК України. Таким чином, сприйняття позиції, згідно з якою лише скасовані судові рішення є предметом злочину, передбаченого цією статтею КК, не відповідало б системному підходу до кримінально-правової охорони порядку відносин між людьми, який порушується прийняттям завідомо неправосудних судових рішень.

Окремі автори пишуть про відсутність у розпорядженні держави дієвого механізму виявлення незаконно ухвалених рішень конкретними суддями, констатуючи те, що чинний порядок перевірки судових актів не сприяє протидії суддівському свавіллю [51]. Схожу думку висловлює і Голова ВСУ Я. М. Романюк: «... процесуальні закони не передбачають можливості проведення перевірок судових рішень, якщо сторони їх не оскаржують. Немає механізму перегляду таких рішень інакше, ніж за заявою чи скаргою самих учасників справи... суддя не понесе жодного покарання за свої дії, адже не скасоване судове рішення залишається формально законним» [52].

То чи варто за таких обставин застосування ст. 375 КК України і кримінально-правову протидію неправосудно ставити в залежність від недолугості процесуального законодавства? Питання, на наш погляд, риторичне.

З огляду на викладені вище підходи і те, що КПК України дозволяє підтверджувати зловживання судді (суду) матеріалами розслідування, а також з урахуванням пріоритету матеріального кримінального права при вирішенні питання про наявність у діях особи ознак складу злочину, ми запропонували п. 3 проекту постанови викласти в такій редакції: «Для наявності складу злочину, передбаченого статтею 375 КК України, не вимагається, щоб завідомо неправосудне судове рішення, постановлене суддею (суддями), було скасоване чи змінене судом у встановленому законодавством порядку. При цьому судове рішення має бути остаточним – таким, що набрало законної сили».

Зрозуміло, що і викладені формулювання при бажанні можуть розцінюватись як такі, що суперечать Конституції України, – як втручання у діяльність суду. Необхідно звернути увагу і на той факт, що поширена останнім часом ганебна і водночас така, що формально не суперечить вимогам КПК України, практика відкриття кримінальних проваджень і внесення у Єдиний державний реєстр досудових розслідувань відомостей про вчинення злочинів, передбачених ст. 375 КК України, у випадках незадоволення однією зі сторін судового розгляду справи постановленим у ньому рішенням [53] із, як правило, нікчемними врешті-решт результатами кримінально-правового реагування на поведінку суддів є правозастосовною проблемою, яка, на нашу думку, безпосередньо не стосується якості кримінального закону – ст. 375 КК України.

Ведучи мову про момент закінчення злочину, передбаченого вказаною статтею КК, відзначимо, що пануючою в юридичній літературі є точка зору, згідно з якою таким моментом слід вважати проголошення судового рішення [54]. Про це зазначає, наприклад, Н. Д. Квасневська, яка водночас звертає увагу на те, що поетапність постановлення акта судової влади (у процесуальному законодавстві визначено такі етапи постановлення судового рішення, як: складання тексту акта в нарадчій кімнаті, голосування суддями у разі колегіального розгляду справи, підпис документа суддею (суддями), публічне проголошення іменем України) породжує дискусію щодо можливості замаху на злочин, передбачений ст. 375 КК України. Зазначена поетапність указує на можливість такого замаху у виді складання тексту, підписання рішення або проголошення вступної та мотивувальної частин судового рішення. Увага акцентується на тому, що моментом закінчення аналізованого злочину слід вважати проголошення суддею саме резолютивної частини судового акта [55].

Н. Р. Ємеєва, підтримуючи викладену позицію (щодо ст. 305 КК РФ), вважає, що вона базується на тлумаченні положень процесуального законодавства, відповідно до яких до проголошення підписаного суддею судового рішення до нього можуть вноситися виправлення [56]. С. Є. Дідик, обґрунтовуючи пануючий підхід із питання про момент закінчення аналізованого злочину, посилається на норми КАС України, КПК України, ЦПК України і ГПК України, з яких випливає, що вирок, рішення, ухвала або постанова суду вважаються постановленими лише після їх проголошення (доведення до учасників процесу, оприлюднення) [57].

Цю позицію наразі займає і ВСУ. Так, у мотивувальних частинах ухвали від 20 листопада 2014 р. (справа № 5-24кц14) і постанови від 18 червня 2015 р. (справа № 5-56кц15), винесених Судовою палатою у кримінальних справах ВСУ, зазначається, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 375 КК України, полягає лише в активній поведінці особи – дії. Вказане посягання є злочином із формальним складом, оскільки вичерпується фактом постановлення неправосудного судового акта і припускає: а) складання відповідного процесуального документа; б) підписання його суддею (суддями); в) проголошення судового акта (доведення його змісту до відома учасників процесу). Злочин визнається закінченим із моменту проголошення постановленого судового акта незалежно від часу набуття законної сили та спричинених наслідків.

Із викладеного випливає, що злочин, передбачений ст. 375 КК України, за загальним правилом, повинен визнаватись закінченим із моменту проголошення постановленого судового акта (точніше – його резолютивної частини [58]) незалежно від часу набрання законної сили і настання суспільно небезпечних наслідків, які спричинені. За наявності тяжких наслідків учинене слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 375 КК України. Якщо постановлення завідомо неправосудного судового рішення з причин, які не залежали від волі винного, припинене на етапах складання судового рішення, його підписання, публічного проголошення судового рішення, але до виголошення його резолютивної частини, діяння має розцінюватись як замах на злочин, передбачений ст. 375 КК України. У таких випадках можлива добровільна відмова від доведення цього злочину до кінця.

Аналізуючи склад злочину, передбаченого ст. 375 КК України, М. І. Хавронюк зазначає, що поняттям постановлення судового рішення охоплюються його складання, підписання та (або) проголошення і доведення його змісту до відома учасників процесу. В одних випадках суб'єкт цього злочину може власноруч скласти, підписати неправосудне судове рішення та проголосити його, у других – підписати і проголосити складене іншими особами неправосудне судове рішення, у третіх – лише проголосити складене та підписане іншими особами неправосудне судове рішення або проголосити судове рішення, яке взагалі не складалось [59]. Висловивши припущення про те, що в цьому разі йдеться про випадки колегіального прийняття судових рішень, П. П. Андрушко, зауважує, що М. І. Хавронюк не конкретизує, в чому виражаються дії інших суддів у другому і третьому випадках [60].

Як бачимо, і позиція М. І. Хавронюка, і зауваження П. П. Андрушка щодо неї не виходять за межі традиційного (пануючого) підходу до моменту закінчення постановлення завідомо неправосудного судового рішення.

Разом із тим при визначенні цього моменту слід брати до уваги і ту обставину, що ст. 406 КПК України передбачає порядок здійснення письмового апеляційного провадження. У цьому разі суд апеляційної інстанції має право ухвалити судове рішення за результатами письмового провадження, якщо всі учасники судового провадження заявили клопотання про здійснення провадження за їх відсутності. Якщо здійснювалось письмове апеляційне провадження, копія судового рішення апеляційної інстанції надсилається учасникам судового провадження протягом трьох днів з дня його підписання. Як бачимо, у цьому випадку відсутній як такий етап проголошення судового рішення.

Цивільне судочинство також передбачає можливість постановлення судового рішення (а саме судового наказу) без його подальшого проголошення, і ця обставина має враховуватися при розкритті кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Так, у разі прийняття судом ухвали про відкриття наказного провадження суд у триденний строк з моменту її постановлення видає судовий наказ по суті заявлених вимог (ч. 1 ст. 102 ЦПК України). Видача судового наказу проводиться без судового засідання і виклику стягувача та боржника для заслуховування їх пояснень (ч. 2 ст. 102 ЦПК України). Судовий наказ складається і підписується суддею у двох примірниках, один з яких залишається у справі, а другий скріплюється печаткою суду і видається стягувачу після набрання ним законної сили (ч. 3 ст. 103 ЦПК України). Після видачі судового наказу суд не пізніше наступного дня надсилає його копію боржникові рекомендованим листом із повідомленням (ч. 1 ст. 104 ЦПК України). Отже, у цьому разі злочин, передбачений ст. 375 КК України, має визнаватись закінченим із моменту видачі завідомо неправосудного судового наказу, тобто підписання наказу суддею і долучення його до матеріалів справи.

Таким чином, у випадках, передбачених процесуальним законодавством, розглядуваний злочин слід визнавати закінченим із моменту підписання завідомо неправосудного судового рішення, і це є винятком із загального правила про проголошення завідомо неправосудного судового рішення (його резолютивної частини) як момент закінчення злочину, передбаченого ст. 375 КК України. До речі, у зауваженнях Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України на проект постанови обґрунтованість підходу, згідно з яким підписання, а не проголошення судового рішення має визнаватись моментом закінчення досліджува-

ного злочину, пов'язується саме з тим, що процесуальне законодавство все частіше передбачає можливість заочного розгляду справи, письмового провадження тощо, за яких судові рішення не проголошуються.

У житті трапляються випадки, коли суддя складає і підписує завідомо неправосудне судове рішення, проте його не проголошує, оскільки судові засідання він взагалі не проводив або ж це засідання проводила інша особа [61]. Наприклад, у судовій практиці був випадок, коли суддя, вступивши в змову з іншими особами, які знаходили відомості про самотніх громадян похилого віку і повідомляли їх судді, відкривала справи про стягнення неіснуючої заборгованості по сплаті комунальних послуг, не повідомляла про судові засідання відповідних громадян – уявних боржників, фактично не проводила судових засідань, але оформлювала судові рішення про стягнення значних сум коштів із громадян зі сплати заборгованості за комунальні послуги. Відповідно, через деякий час громадяни дізнавалися про те, що на їх квартири накладено арешт. Розглянемо й інші матеріали судової практики.

У кримінальному провадженні, що розглядалося ВССУ, встановлено, що суддю Тульчинського районного суду Вінницької області було визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 366, ч. 2 ст. 366, ч. 1 ст. 375, ч. 2 ст. 375 КК України. Зазначена особа протягом 2007–2008 рр. умисно вносила в ухвалювані ним судові рішення завідомо неправдиві відомості про те, що сторони процесу в цивільних справах були присутні в судовому засіданні, підтримали позовні вимоги і погодилися на звернення стягнення на земельну ділянку в рахунок погашення боргу при тому, що про розгляд справ їх ніхто не повідомляв, і вони в судовому засіданні не були присутні, пояснень не давали, щодо позовних вимог свою думку не висловлювали, про наявність і зміст прийнятих рішень інформовані не були. Завідомо неправосудними судовими рішеннями позовні вимоги було задоволено, унаслідок чого у відповідачів вилучено земельні ділянки та заподіяно цим особам матеріальних збитків на загальну суму 16 683 921 грн. Суддя, діючи всупереч ЦПК України, не викликав у судові засідання учасників процесу, не з'ясовував усіх обставин справи та безпосередньо не досліджував докази, а також не здійснював фіксування судового засідання технічними засобами [62].

У подібних випадках (останні, як це впливає із повідомлень у ЗМІ і вивчення матеріалів судової практики, на жаль, не є рідкістю [63]) судді зазвичай не проголошують рішення в судовому засіданні, а складають, підписують і долучають їх до матеріалів судових справ. Особи, прав і законних інтересів яких стосуються ці судові рішення, як правило, дізнаються про них згодом – тоді, коли судові рішення, яке набрало законної сили, породжує для них певні негативні наслідки. І останні є результатом не проголошення, а складання і підписання судового рішення. У цьому сенсі має рацію О. С. Горелік, який сам факт підписання неправосудного акта визнає суспільно небезпечним на тій підставі, що цей акт повинен і може бути виконаний в будь-який час [64].

Сказане наводить на думку про те, що у вказаних ситуаціях неправосуддя злочин, передбачений ст. 375 КК України, має визнаватись закінченим вже з моменту підписання завідомо неправосудного судового рішення, і це, вочевидь, є ще одним винятком із загального правила щодо визначення моменту закінчення аналізованого злочину. Показовим у зв'язку зі сказаним є те, що, наприклад, В. М. Єднак пропонує визначати момент закінчення постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення диференційовано – як його проголошення у залі судового засідання або як підписання цього рішення [65]. Близькою до викладеної є позиція Ю. І. Кулешова, який під постановленням неправосудного судового рішення розуміє складання цього документа, його підписання, а у випадках, передбачених законодавством, – його проголошення. До цього моменту в особи, яка постановляє неправосудне судові рішення, є можливість добровільно відмовитися від доведення злочину до кінця [66].

Існує точка зору, згідно з якою вирішення позначеної проблеми лежить у площині не визначення (уточнення) моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 375 КК України, а відмежування останнього від випадків фальсифікації судових рішень. Так, П. П. Андрушко закликає не ототожнювати, з одного боку, постановлення завідомо неправосудного судового рішення, яке має місце при фактичному здійсненні правосуддя, та, з іншого, фальсифікацію судового рішення, під якою учений розуміє: 1) складання завідомо неправдивого рішення, яке фактично не постановлялось, а також виготовлення рішення у справі, що не була предметом судового розгляду; 2) підроблення рішення, яке було постановлено судом відповідної юрисдикції в порядку, передбаченому процесуальним законодавством. Фальсифікацію судового рішення залежно від правового статусу особи, яка її вчинила, пропонується кваліфікувати за ст. 358 або ст. 366 КК України [67].

На нашу думку, складання завідомо неправдивого рішення, яке фактично не постановлялось у порядку, встановленому процесуальним законодавством, а так само виготовлення судового рішення у справі, що не була предметом судового розгляду, є підстави розцінювати як постановлення завідомо неправосудного судового рішення (ст. 375 КК України). Адже тут (за відсутності фактичного здійснення правосуддя, якщо використати термінологію П. П. Андрушка) має місце грубе порушення положень процесуального законодавства, що визначають порядок постановлення судових рішень. Як слушно зазначають харківські правознавці, у цьому разі має місце порушення належної судової процедури, яка передуює постановленню судового рішення і багато в чому є запорукою його законності та обґрунтованості [68].

Право на справедливий суд, передбачене ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, передбачає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Дослідники виокремлюють, серед інших, такі елементи права на справедливий судовий розгляд: необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи (особа має не лише право порушити провадження у справі, а і право отримати «вирішення» спору судом, тобто розгляд справи завжди повинен закінчуватися таким судовим рішенням, що набуло законної сили); належна (справедлива) судова процедура (серед аспектів, у чому полягає це положення, є те, що особа належно сповіщена про час та місце слухання справи та їй надається можливість взяти участь у судовому засіданні; суд бере до уваги лише докази, отримані законним шляхом, і за результатами розгляду цивільної справи ухвалює обґрунтоване (мотивоване) судове рішення); розумний строк судового розгляду [69]. Процесуальними умовами справедливого судового розгляду визнаються: публічність (гласність) правосуддя; змагальність та рівність процесуальних можливостей сторін; розумний строк судового розгляду; мотивованість судових рішень [70].

Не викликає сумнівів, що у випадках відсутності фактичного здійснення правосуддя, які, однак, супроводжуються оформленням судових рішень, має місце порушення права на справедливий суд, інакше кажучи, неправосуддя.

На думку Н. Д. Квасневської, якщо суддя проголосив правосудне рішення, а в справу вклав чи видав сторонам інше (протилежне за змістом) рішення, кримінальна відповідальність має наставати не за постановлення завідомо неправосудного рішення, а, зокрема, за службове підроблення [71]. Видається, що в цьому разі має місце постановлення завідомо неправосудного судового рішення, оскільки юридичні наслідки породжує не проголошене судове рішення, а те, що підписане; відповідно, злочин, передбачений ст. 375 КК України, у вказаній ситуації є закінченим із моменту підписання завідомо неправосудного рішення.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що розглядуваний злочин має визнаватися закінченим із моменту підписання завідомо неправосудного судового рішення (якщо далі воно не проголошувалось) або з моменту його проголошення (проголошення його резолютивної частини). Виходимо при цьому з того, що проголошення судового рішення в судовому засіданні як останнього етапу при постановленні судового рішення з числа визначених процесуальним законодавством може і не бути.

За результатами опрацювання проекту постанови було вирішено доповнити його положенням про те, що у випадках, коли процесуальний порядок розгляду окремих категорій справ не передбачає проголошення судових рішень, злочин, передбачений ст. 375 КК України, має визнаватися закінченим із моменту їх підписання. Запропоновано також роз'яснити, що встановлення ознак складу цього злочину не виключається і в тих випадках, коли проголошується завідомо неправосудне рішення, яке не підписано суддею, або коли суддею підписується завідомо неправосудне рішення, однак при цьому проголошується інше (наприклад, правосудне) рішення.

Дотичною до вище зазначеної є проблема кримінально-правової оцінки постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного судового рішення, вчиненого шляхом службового підроблення. Існує точка зору, згідно з якою у цьому випадку має місце не конкуренція цілого і частини, а сукупність злочинів, а тому дії судді (суддів) повинні кваліфікуватися за відповідними частинами статей 366 і 375 КК України [72]. На думку інших фахівців [73], яку ми поділяємо, додаткової кваліфікації за ст. 366 КК України аналізовані дії судді не потребують, адже неправосудне судове рішення завжди оформлюється відповідним документом (має місце спеціальний різновид так званого інтелектуального підроблення).

З метою розмежування складів злочинів, передбачених ст. 375 і ст. 366 КК України, під час доопрацювання проекту постанови його було запропоновано доповнити таким роз'ясненням: «У випадку, якщо постановлення завідомо неправосудного рішення поєднувалось або полягало у внесенні до такого рішення завідомо неправдивих відомостей, іншому підробленні такого рішення, відповідне діяння охоплюється складом злочину, передбаченого ст. 375 КК України, і додаткової кваліфікації за ст. 366 КК України не потребує. При цьому якщо неправдиві відомості вносяться суддею у рішення, яке не є завідомо неправосудним, або суддею здійснюється інша підробка такого рішення, відповідні дії слід кваліфікувати за ст. 366 КК України, оскільки склад злочину, передбаченого ст. 375 КК України, за таких обставин відсутній». Вважаємо за необхідне додати, що постановлення завідомо неправосудного судового рішення і службове підроблення можуть утворювати реальну сукупність злочинів (наприклад, суддя не лише постановив завідомо неправосудне рішення, а і сфальсифікував протокол судового засідання, яке фактично не відбувалось).

Далі з'ясуємо, яке судове рішення має визнаватися неправосудним. У ст. 375 КК України це ключове поняття (воно є оціночним) не конкретизоване, що не може не створювати труднощі при кваліфікації відповідного діяння. «... оперуючи поняттям «неправосудність», жоден із правових актів не дає уявлення про його юридичний зміст, а тому питання про нормативний зміст цього терміна залишається відкритим, що у свою чергу...

призводить до проблеми індивідуального сприйняття цієї категорії у судовій практиці» [74]. Найскладнішим питанням щодо кваліфікації неправосудності судових рішень є суперечність між незалежністю суддів, яка передбачає свободу розсуду судді при оцінці норм закону, що має бути застосований у справі, і правом особи на оскарження рішення суду, яке є засобом виправлення судових помилок, і кримінально-правовою оцінкою неправосудності рішення суду [75].

Термін «неправосудність» стосовно судового рішення, крім ст. 375 КК України, вживається в ч. 4 ст. 64 Конституції України щодо такого виду судового рішення, як вирок: «У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням». Однак зміст поняття неправосудності ні вироку, ні будь-якого іншого судового рішення в законодавстві не розкривається.

Певні орієнтири з цього питання містяться у вже згадуваних рішеннях Судової колегії у кримінальних справах ВСУ – ухвалі від 20 листопада 2014 р. (справа № 5-24кк14) і постанові від 18 червня 2015 р. (справа № 5-56кк15). Тут зазначено, що поняття «неправосудне судове рішення» у поєднанні з вказівкою на «завідомість» його постановлення підкреслює цілеспрямований характер злочинних дій судді, його свідоме прагнення та бажання всупереч матеріальному чи процесуальному закону та (або) фактичним обставинам, встановленим у справі, постановити судове рішення, яке за своєю суттю не може бути і не є актом правосуддя.

В. М. Бурдін слушно наголошує на тому, що з урахуванням неминучих судових помилок створена ієрархічна система судоустрою, яка дозволяє судам вищестоящих інстанцій виправляти такого роду помилки. Далеко не кожна судова помилка повинна розглядатися через призму складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Більше того: не кожна судова помилка містить ознаки якогось правопорушення, зважаючи на динаміку законодавчих змін, складність і неузгодженість законодавства. Тому в ст. 375 КК України законодавець чітко розмежував неправосудні рішення, які були зумовлені помилками, і неправосудні рішення, зумовлені свідомо неправильним застосуванням законодавства. Для цього законодавець обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони відповідного складу злочину визнає наявність вини у виді прямого умислу, про що можна зробити висновок із вказівки на «завідомість», використаної у диспозиції ч. 1 ст. 375 КК України. Таким чином, злочином можуть бути визнані лише ті неправосудні рішення, незаконність яких наперед відома судді, який їх постановив. Питання про процесуальну доказовість завідомості (прямого умислу) при постановленні неправосудного рішення В. М. Бурдін називає «наріжним каменем» складу відповідного злочину [76].

Закон вимагає завідомості постановлення неправосудності судового рішення, тобто очевидної його незаконності для суб'єкта злочину. Це відмежовує вказаний злочин від інших випадків прийняття неправосудних актів [77]. Суддя ВССУ В. В. Щепоткіна також зауважує, що скасованих рішень немало, проте незаконне і завідомо неправосудне рішення – це зовсім різні поняття. А найбільшою проблемою, пов'язаною із застосуванням ст. 375 КК України, є доказування того, що судове рішення є не просто незаконним, а завідомо неправосудним, тобто таким, що фактично не може вважатися судовим рішенням [78].

Погоджуючись із наведеними висловлюваннями, водночас укажемо на важливість визначення змісту кримінально-правового поняття «неправосудність» з точки зору його об'єктивних ознак. Адже далеко не завжди свідоме порушення суддею норм матеріального чи процесуального права при постановленні судового рішення, досягаючи ступеня суспільної небезпечності, притаманного злочину, є підставою для визнання зазначеного судового рішення неправосудним, що має тягнути за собою відповідальність за ст. 375 КК України. У зв'язку з цим спробуємо дати визначення поняття неправосудного судового рішення, виходячи виключно з об'єктивних ознак цього поняття, не беручи до уваги суб'єктивне ставлення судді до вчинюваного ним діяння. З цією метою передусім звернемося до положень процесуального законодавства.

Відповідно до ч. 1 ст. 409 КПК України підставою для скасування або зміни судового рішення при розгляді справи в суді апеляційної інстанції є: 1) неповнота судового розгляду; 2) невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження; 3) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону; 4) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність. Відповідно до ч. 2 ст. 409 КПК України підставою для скасування або зміни вироку суду першої інстанції може бути також невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого. У статтях 410, 411, 412 КПК України, відповідно, роз'яснено, у чому полягає неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду першої інстанції фактичним обставинам кримінального провадження, істотні порушення вимог кримінального процесуального закону.

Відповідно до ч. 1 ст. 309 ЦПК України підставами для скасування рішення суду першої інстанції та ухвалення нового рішення або зміни рішення є: 1) неповне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи; 2) недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд вважав встановленими; 3) невідповідність висновків суду обставинам справи; 4) порушення або неправильне застосування норм матеріального або процесуального права, а також розгляд і вирішення справи неповноважним судом; участь в ухваленні рішення судді, якому було заявлено відвід на підставі обставин, що викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованою; ухвалення чи підписання постанови не

тим суддею, який розглядав справу. Відповідно до ч. 2 ст. 309 ЦПК України норми матеріального права вважаються порушеними або неправильно застосованими, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню. Порушення норм процесуального права може бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи (ч. 3 ст. 309 ЦПК України). Аналогічні за змістом положення закріплено в ст. 104 ГПК України і ст. 202 КАС України.

Визначення поняття неправосудності, що даються фахівцями з кримінального права, здебільшого знаходяться в руслі наведених положень процесуального законодавства. Більшість науковців, які досліджували в контексті складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України, зміст такого поняття, як неправосудність судового рішення, зазначають, що неправосудним є незаконне та (або) необґрунтоване судове рішення.

Наприклад, В. І. Тютюгін переконаний у тому, що неправосудним є судовий акт, який не відповідає вимогам законності та обґрунтованості [79]. У подібному ключі визначається поняття неправосудного рішення в п. 4 проекту постанови: тут говориться про рішення, яке не відповідає вимогам законодавства (суперечить нормам матеріального права, порушує норми процесуального права, приймається всупереч фактичним обставинам відповідної справи). Можна сказати, що в цьому разі відтворюється визначення розглядуваного поняття, наведене в одному з науково-практичних коментарів КК України [80]. На нашу думку, не будь-яке судове рішення, що не відповідає вимогам законності та (або) обґрунтованості, є неправосудним; зокрема, не завжди призначення занадто м'якого чи, навпаки, занадто суворого покарання особі або здійснення неправильної кваліфікації злочину може досягати ступеня суспільної небезпечності, властивого злочинам.

О. Л. Польовий під неправосудним розуміє судове рішення, у якому неправильно застосовуються норми матеріального або процесуального права або юридичні обставини справи не відповідають фактичним [81]. Таке визначення з урахуванням наведених міркувань видається занадто широким.

На думку О. М. Лемешка та О. М. Овчаренко, неправосудними є судові рішення, прийняті з грубим порушенням матеріального чи процесуального права, які не відповідають вимогам законності та обґрунтованості. При цьому слушно вказується на те, що не всі порушення процесуальних норм (навіть ті, що тягнуть скасування рішення суду) можуть призводити до неправосудності судових рішень. Оцінка порушення суддею процесуальних норм, істотність, очевидність такого порушення доводяться в кожному конкретному випадку, виходячи з обставин справи [82]. Таку ж позицію займає Ю. І. Кулешов, стверджуючи, що з метою розмежування кримінально караного діяння і дисциплінарного проступку оцінка допущеного судом відступу від закону повинна даватися в кожному конкретному випадку [83].

О. С. Горелік стверджує, що судовий акт слід вважати незаконним, по-перше, за відсутності фактичних підстав для його винесення, коли висновки, зроблені у вироку, рішенні, ухвалі, постанові, не відповідають установленим фактам і доказам, що їх підтверджують; по-друге, якщо були порушені норми матеріального права; по-третє, якщо були істотно порушені процесуальні умови винесення цього акта [84]. Подібним чином висловлюється і М. І. Хавронюк, який зазначає, що неправосудним є незаконне та необґрунтоване судове рішення, тобто таке, в якому висновки суду завідомо суперечать установленим фактичним обставинам справи або завідомо неправильно застосовано норму матеріального права, або яке свідомо постановлено з грубим порушенням норм процесуального права. У контексті ст. 375 КК поняття «неправосудний» є синонімом поняття «незаконний» [85].

Натомість П. П. Андрушко, закликаючи не ототожнювати кримінально-правове поняття «неправосудність судового рішення» і кримінально-процесуальне поняття «незаконність судового рішення», визначає, що правосудним слід вважати рішення, яке є законним, обґрунтованим і вмотивованим. Відповідно, неправосудність судового рішення – це або його незаконність, або (та) необґрунтованість, або (та) невмотивованість. Для визнання судового рішення неправосудним у кримінально-процесуальному розумінні достатньо наявності будь-якої із зазначених ознак – незаконності, необґрунтованості чи невмотивованості. У визначенні поняття неправосудності судового рішення як кримінально-правової його ознаки йдеться про неправильність правової позиції судді щодо застосування норми матеріального права, відображеної у процесуальному акті (документі), постановленому суддею [86].

Видається, однак, що має рацію і В. М. Єднак, на думку якого правосудне судове рішення – це те рішення, яке є законним та обґрунтованим. Вмотивованість все ж має додаткове значення, допомагаючи пізнати мотиви прийняття суддею (суддями) того чи іншого рішення, а тому невмотивованість судового рішення не означає його неправосудності. Законне рішення не завжди може бути вмотивованим і, навпаки, незаконне рішення може бути належно вмотивованим. Завідомо неправосудне судове рішення повинно характеризуватися об'єктивною (незаконність та необґрунтованість) та суб'єктивною (про це повинно бути точно, достовірно відомо судді (суддям), який (які) його постановляють) ознаками [87].

На основі аналізу передбачених КПК України підстав для зміни і скасування вироку суду, А. В. Щасний зазначає, що відповідні підстави можуть бути згруповані в такі, що характеризують вирок суду як незаконний

та (або) необґрунтований. Тому і неправосудність характеризується тим, що відповідне судове рішення має бути незаконним (вирок постановлений з істотним порушенням кримінально-процесуального законодавства та (або) з неправильним застосуванням закону про кримінальну відповідальність) та (або) необґрунтованим (висновки суду є односторонніми або якщо має місце неповнота розслідування; висновки суду не відповідають фактичним обставинам справи, які викладені у вирокі; призначене покарання не відповідає тяжкості злочину та особі засудженого). Якщо вирок суду є незаконним та необґрунтованим, він є і несправедливим [88].

Уточнимо, що не всі порушення закону призводять до постановлення неправосудного судового рішення. Так, якщо це порушення норм процесуального законодавства, то вони для того, щоб констатувати злочинне діяння, передбачене ст. 375 КК України, мають бути істотними (грубими). Показовим у цьому контексті є роз'яснення Пленуму ВСУ, наведене у постанові від 24 жовтня 2008 р. № 12 «Про судову практику розгляду цивільних справ у апеляційному порядку»: законне, обґрунтоване та правильне по суті і справедливе рішення суду не може бути скасоване з одних лише формальних міркувань. Оскільки не всі порушення закону призводять до постановлення неправосудного судового рішення, визначення поняття неправосудності, наведене, як вже зазначалось, у п. 4 проекту постанови, потребує уточнення.

Наведений вище спектр доктринальних підходів у черговий раз переконує в оціночному характері поняття «неправосудність». Не дивлячись на це, ми не підтримуємо пропозицію замінити у ст. 375 КК України термін «неправосудний» на термін «незаконний», оскільки вважаємо, що така заміна може мати своїм наслідком навряд чи обґрунтоване розширення сфери застосування цієї кримінально-правової заборони. Вказівка на неправосудність (а не на незаконність) судового рішення в ст. 375 КК України видається нам більш прийнятною і з погляду перспектив реформування конституційних засад правосуддя: у законопроекті щодо внесення змін до Конституції України пропонується викласти в новій редакції ч. 1 ст. 129 Основного Закону, зазначивши в ній, що суддя при здійсненні правосуддя має керуватись правом (у чинній редакції цієї конституційно-правової норми йдеться про підкорення судді при здійсненні правосуддя закону) [89].

Виступаючи проти згаданого перейменування ст. 375 КК України, В.М. Єднак вказує на те, що поняття «неправосудне судове рішення» передбачає, що той чи інший судовий акт може бути не лише незаконним, а і необґрунтованим. Крім цього, термін «неправосудний» більш чітко вказує на коло суспільних відносин, охоронюваних за допомогою ст. 375 КК України: незаконні дії може вчинити будь-яка особа, а неправосудні – лише суддя [90].

Збереження в ст. 375 КК України поняття неправосудності судового рішення, крім усього іншого, узгоджується з основними причинами використання в кримінальному законі оціночних ознак. На думку О. В. Кобзєвої, якщо такою об'єктивною причиною є надзвичайна багатоманітність соціально небезпечних предметів, властивостей і явищ, які потребують постійного контролю, то основною суб'єктивною причиною – створення особливого прийому законодавчої техніки, необхідного для відображення у кримінальному законі згаданої багатоманітності явищ і процесів суспільного життя [91].

Ми переконані в тому, що найважливіше в змісті неправосудності як кримінально-правового поняття – це наслідок: у результаті порушень норм матеріального чи процесуального права відбувається постановлення неправильного по суті рішення. Можна сказати і так: порушення закону при постановленні судового рішення (формальний аспект) є не завжди настільки істотним, що призводить до його неправосудності. Погоджуємося з С. Є. Дідиком у тому, що неправосудність відповідного судового акта прямо пов'язана з істотним порушенням прав і свобод особи або інтересів правосуддя загалом. Неістотні (формальні) порушення норм процесуального законодавства при розгляді справи судом, які не утискають і не позбавляють прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, суспільних інтересів, не дають підстави розглядати такі судові акти як неправосудні [92].

На підтвердження сказаного звернемось до поняття «правосуддя». Наприклад, М. С. Строгович давав визначення поняттю «правосуддя» як державної діяльності, що здійснюється судом і полягає у тому, що суд шляхом розгляду та вирішення кримінальних і цивільних справ у встановлених законом правових формах захищає від будь-яких посягань державу, права та законні інтереси громадян, установ, організацій [93]. Ю. М. Грошевий визначав правосуддя як державну діяльність, яку здійснює суд шляхом розгляду і вирішення у судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі кримінальних, цивільних, адміністративних, господарських справ [94]. В юридичній науці існує ще одна концепція правосуддя, у межах якої ця діяльність розглядається як двоаспектна, тобто враховуються як «формальні» або «функціональні», так і «змістовні» ознаки (В. С. Бігун, Б. В. Малишев, Є. В. Благоев та ін.). Зокрема, Є. В. Благоев зазначає, що правосуддя розглядається у таких аспектах: 1) діяльність судових органів; 2) справедливе вирішення справи, спору [95]. Із такого «двоаспектного» визначення поняття «правосуддя» виходить і КСУ, роз'яснюючи в одному зі своїх рішень, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення у правах [96].

Отже, неправосудне судове рішення, постановлення якого має кваліфікуватись за ст. 375 КК України, повинно характеризуватись об'єктивними ознаками, що відрізняють його від незаконних та (або) необґрунтованих

судових рішень, постановлення яких злочином не визнається. Постановлення завідомо неправосудного судового рішення повинне бути суспільно небезпечним діянням, тобто заподіювати або створювати можливість заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам. Тому має рацію Л. Є. Виноградова, яка визначає, що неправосудним вироком (рішенням, постановою, ухвалою) суду є незаконний або необґрунтований судовий акт, винесений умисно або в результаті недбалості, який потягнув або міг потягти за собою істотну шкоду правам чи інтересам громадян або інтересам держави [97]. Н. Д. Квасневська наголошує на тому, що результатом неправосудності є невідповідність судового акта не лише фактичним обставинам справи, а й існуючим у суспільстві уявленням про справедливість і законність [98].

Ураховуючи викладене, вважаємо, що при визначенні поняття «неправосудність» судового рішення слід виходити з того, що порушення закону при постановленні судового рішення є не завжди настільки істотним, що призводить до його неправосудності. Більше того: навіть істотне порушення вимог матеріального і процесуального закону не завжди свідчить про неправосудність судового рішення. Крім наявності певних формальних ознак (істотного порушення норм матеріального і процесуального права, що були наявними при постановленні відповідного судового рішення), постановлення такого судового рішення має бути суспільно небезпечним. У визначенні поняття неправосудного судового рішення слід відобразити істотні властивості (ознаки) цього поняття, що розкривають його суть. При цьому, зокрема, потрібно враховувати те, що про його наявність не можуть свідчити незначні (неістотні) порушення норм процесуального права, які не призвели до постановлення неправильного по суті рішення.

Отже, під неправосудним слід розуміти судові рішення, що характеризується порушенням чи неправильним застосуванням норм матеріального права та (або) істотним порушенням норм процесуального права, допущених при судовому розгляді справи (провадження) і постановленні відповідного судового рішення (неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи, недоведеність обставин, які мають значення для справи, які суд вважав встановленими, тощо), що призвело до постановлення несправедливого судового рішення. Постановлення неправосудного судового рішення є суспільно небезпечним діянням (заподіює або здатне заподіяти істотну шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству або державі), що підлягає встановленню у конкретній справі. Тому немає підстав визнавати неправосудним, наприклад, судові рішення, яке було скасоване судом вищої інстанції через зміну власної позиції з певного питання застосування закону (не кажучи вже про відсутність у цьому разі завідомості).

Таким чином, текст кримінально-правової заборони, присвяченої постановленню завідомо неправосудного судового рішення, і особливо при аналізі його в контексті положень конституційного і процесуального законодавства створює благодатне підґрунтя для гострих дискусій, що є прийнятним і навіть корисним із погляду розвитку юридичної науки, однак негативно позначається на правозастосуванні. За таких обставин бажано, щоб ВССУ, виступивши своєрідним арбітром та узгодивши існуючі щодо кримінально-правової характеристики розглядуваного злочину спірні позиції (а якщо це неможливо – то чітко зайнявши одну з них), якомога швидше доопрацював проект постанови та остаточно ухвалив цей документ, украй необхідний для уніфікації практики застосування ст. 375 КК України. Адже ще Конфуцій говорив: коли я приїжджаю у чужу країну, я не запитую, добрі чи погані тут закони; я лише запитую, чи виконуються вони. Зрозуміло і те, що ухвалення вказаного акта судового тлумачення кримінального закону стане добрим поштовхом для розвитку кримінально-правової доктрини в частині проблематики відповідальності за злочини проти правосуддя і проведення нових наукових досліджень у цій сфері.

1. Бурдін В. М. Окремі питання кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови / В. М. Бурдін // Актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики (на вшанування пам'яті Ганса Гросса) : зб. матеріалів між-нар. наук.-практ. конф. (Львів, 29 січня 2016 р.). – Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. – С. 11; Кваша О. О. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали чи постанови / О. О. Кваша // Правова держава. – 2006. – Вип. 17. – С. 200–208; Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 5; Погорецький М. Кримінальна відповідальність суддів за постановлення неправосудного рішення (ст. 375 КК) / М. Погорецький // Юрид. вісн. України. – 2015. – № 22.
2. Примітка. У п. 54 Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів РЄ щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності, зазначено, що в деяких європейських країнах стало звичним ініціювання незадоволеною стороною порушення кримінальної справи проти судді. У країнах, в яких кримінальне розслідування або провадження можуть розпочинатися за заявою приватної особи, повинен існувати механізм для попередження або припинення такого розслідування чи провадження проти судді у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків, якщо відсутні підстави вважати, що суддю має бути притягнуто до кримінальної відповідальності.

3. Примітка. Тому нам складно повністю погодитись із П.П. Андрушком, який стверджує, що зміст основних ознак складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України як нормою із бланкетною диспозицією, визнається з урахуванням положень кримінального процесуального законодавства, яке є регулятивним законодавством щодо складу цього злочину (див.: Андрушко П. Доктринальне і правозастосовне тлумачення норми, сформульованої у ст. 375 КК України / П. Андрушко // Юрид. Україна. – 2015. – № 7-8. – С. 88, 89). Насправді регулятивне законодавство, яке утворює «бланкетний зміст» аналізованої кримінально-правової заборони, немає підстав обмежувати лише КПК України. Неточно називати останній і головним регулятивним актом щодо ст. 375 КК України.
4. Злочини проти правосуддя : навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х. : Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 29; Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верховного Суду України. – 2010. – № 7. – С. 35; Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак ; Київ. ун-т права. – К., 2015. – С. 79.
5. Рішення Верховного Суду України. – 2015. – Вип. 1. – С. 92–98.
6. Вісн. Верховного Суду України. – 2016. – № 1. – С. 12–13.
7. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 71; Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. Є. Дідик. – К., 2008. – С. 10.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) від 7 травня 2002 р. № 8-рп/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v008p710-02>.
9. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина : курс лекцій / В. О. Навроцький. – К. : Знання, 2000. – С. 256; Навроцький В. О. 3 професорської шухляди / В. О. Навроцький. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2016. – С. 102, 395–399.
10. Овчаренко О. М. Юридична відповідальність судді : теоретико-прикладне дослідження : монографія / О. М. Овчаренко. – Х. : Право, 2014. – С. 116.
11. Мельник Р. Відповідальність суддів Конституційного Суду України за прийняття завідомо неправосудного акта : постановка проблеми в аспекті de lege ferenda / Р. Мельник // Правова політика в Україні : питання теорії та практики : зб. матеріалів Міжнар. науково-практ. конф. (Київ, 24 жовтня 2014 р.). – К. : Нац. акад. прокуратури України, 2014. – Т. 1. – С. 236.
12. Козюбра М. І. Конституційний Суд в системі органів державної влади / М. І. Козюбра // Державно-правова реформа в Україні : матеріали науково-практ. конф., листопад 1997 р. / ред. кол. В. Ф. Опришко (гол. ред.), М. І. Єрофеев, М. Т. Кравчук та ін. – К. : Ін-т зак-ва Верховної Ради України, 1997. – С. 20–25.
13. Мартинюк Р. Нормативне визначення суб'єктів звернення до Конституційного Суду України та механізму формування складу Суду як гарантії забезпечення його позаполітичного статусу і компетентності / Р. Мартинюк // Держава і право : зб. наук. праць. Юрид. і політ. науки. – 2007. – Вип. 37. – С. 156–162.
14. Селіванов А. Конституційне правосуддя і конституційна юрисдикція в Україні (доктринальне визначення) / А. Селіванов // Право України. – 2010. – № 6. – С. 36, 42.
15. Савенко М. Д. Правовий статус Конституційного Суду України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / М. Д. Савенко. – Х., 2001. – С. 6–7.
16. Примітка. Судовий наказ відповідно до ч. 1 ст. 95 ЦПК України є особливою формою судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог, передбачених ст. 96 ЦПК України.
17. Мельник Р. Відповідальність суддів Конституційного Суду України за прийняття завідомо неправосудного акта : постановка проблеми в аспекті de lege ferenda / Р. Мельник // Правова політика в Україні : питання теорії та практики : зб. матеріалів Міжнар. науково-практ. конф. (Київ, 24 жовтня 2014 р.). – К. : Нац. акад. прокуратури України, 2014. – Т. 1. – С. 233.
18. Примітка. Згідно із цією нормою судді КСУ не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у КСУ та в його колегіях, за винятком відповідальності за образу чи наклеп при розгляді справ, прийнятті рішень та дачі висновків КСУ.

19. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 6; Погорецький М. Кримінальна відповідальність суддів за постановлення неправосудного рішення (ст. 375 КК України) (закінчення) / М. Погорецький // Юрид. вісн. України. – 2015. – № 23.
20. Примітка. Порядок викладення суддею окремої думки встановлений процесуальним законодавством (ч. 3 ст. 25 КАС України, ч. 3 ст. 19 ЦПК України, ч. 3 ст. 4-7 ГПК України, ч. 3 ст. 375 КПК України).
21. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 71–72.
22. Примітка. У цьому сенсі викликає інтерес § 339 КК ФРН «Винесення неправосудного вироку або рішення», який визнає злочином не лише прийняття рішення у справі на користь або на шкоду однієї процесуальної сторони, а і неправосудне ведення справи суддею, іншою посадовою особою чи третейським суддею.
23. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 8.
24. Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верховного Суду України. – 2010. – № 7. – С. 35.
25. Примітка. Так само вирішувалось це питання у період чинності ст. 176 КК України 1960 р. (див., наприклад: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. В. Ф. Бойка, Я. Ю. Кондратьєва, С. С. Яценка. – К. : Юрінком, 1997. – С. 621; Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – С. 603; Кримінальне право. Особлива частина : підручник / Александров Ю. В., Антипов Ю. В., Володько М. В. та ін. / відп. ред. Шакун В. І. – К. : НАВСУ-«Правові джерела», 1998. – С. 464).

Аналогічна думка висловлювалась у коментарі до ст. 111 КК УСРР 1922 р., яка визнавала злочином постановлення суддею із корисливих або інших особистих мотивів неправосудного вироку (див.: Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К. : ГоС. изд-во Украины, 1925. – С. 250).

26. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 74.
27. Емеева Н. Р. Уголовная ответственность за преступления против правосудия, совершаемые судьями и должностными лицами правоохранительных органов : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. Р. Емеева. – Казань, 2005. – С. 68.
28. Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності: окремі проблеми / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 7. – С. 35–36, 38.
29. Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. Є. Дідик. – К., 2008. – С. 127–131; Дідик С. Є. Протидія службовим злочинам у сфері правосуддя, що вчиняються суддею (кримінально-правовий аспект) / С. Є. Дідик // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). – К. : Наук. думка, 2014. – С. 236; Польовий О. Л. Гарантії суддівської незалежності при притягненні суддів до юридичної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / О. Л. Польовий. – К., 2014. – С. 11.
30. Примітка. Для порівняння: у кримінальному законодавстві окремих зарубіжних країн безпосередньо встановлено відповідальність суддів за постановлення судових рішень, які, хоч і не вирішують справу по суті, є вирішальними для подальшого її розгляду. Наприклад, у ст. 449 КК Іспанії передбачено відповідальність судді, магістрата або секретаря суду, винуватих у злісній відстрочці відправлення правосуддя. Ст. 509 цього Кодексу визнає злочином поведінку судді (члена суду), який за наявності законних підстав для зупинення провадження продовжить його, не чекаючи вирішення цього питання.
31. Кравченко В. В. Конституційне право України : навч. посібник / В. В. Кравченко. – Вид. 4-те, виправл. та доповн. – К. : Атіка, 2006. – С. 350.
32. Андрушко П. Науковий висновок (доповнений) по запиту адвоката Павленка М.В. щодо правильності і обґрунтованості кримінально-правової кваліфікації органом досудового розслідування дій Волкової С. Я. за ст. 375 КК України (продовження) // Юрид. вісн. України (Інформаційно-правовий банк). – 2015. – № 28.

- 18–24 лип.; Андрушко П. Доктринальне і правозастосовне тлумачення норми, сформульованої у ст. 375 КК України / П. Андрушко // Юрид. Україна. – 2015. – № 7-8. – С. 94, 103.
33. Примітка. Відповідно до ч. 1 ст. 211 ЦПК України суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону і встановивши причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення цих причин та умов. Про вжиті заходи протягом місяця з дня надходження окремої ухвали повинно бути повідомлено суд, який постановив окрему ухвалу. Останню може бути оскаржено особами, інтересів яких вона стосується.
34. Справа № 1614/2538/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49349370>.
35. Горелик А. С. Преступления против правосудия / А. С. Горелик, Л. В. Лобанова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 231–233.
36. Примітка. Відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України до повноважень слідчого судді належить здійснення в порядку, передбаченому КПК України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні.
37. Примітка. За результатами опрацювання проекту постанови було вирішено, що зауваження стосовно невизнання предметом розглядуваного злочину так званих проміжних судових рішень не ґрунтуються на положеннях ст. 375 КК України.
38. Что думают судьи о статье 375 КК Украины «Постановление судьёй (судьями) заведомо неправосудного приговора, решения, определения или постановления» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://protokol.com.ua/ua/chto_dumayut_sudi_o_state_375_kk_ukraini_postanovlenie_sudyoy_\(sudyami\)_zavedomo_nepравосудного_prigovoraresheniya_opredeleniya_ili_postanovleniya](http://protokol.com.ua/ua/chto_dumayut_sudi_o_state_375_kk_ukraini_postanovlenie_sudyoy_(sudyami)_zavedomo_nepравосудного_prigovoraresheniya_opredeleniya_ili_postanovleniya).
39. Примітка. Натомість М. В. Галабала наводить аргументи на користь того, що органи, уповноважені законом на розгляд справ про притягнення судді до юридичної відповідальності, мають право надавати оцінку законності та обґрунтованості судових рішень – навіть якщо ці рішення не були скасовані або змінені (див.: Галабала М. Відповідальність судді за некасовані рішення : pro et contra / М. Галабала // Юрид. вісн. України. – 2015. – № 10).
40. Висновок Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України щодо питання про початок кримінального провадження стосовно суддів, яке пов'язане зі здійсненням ними судочинства, від 1 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://protokol.com.ua/ua/pochatok_kriminalnogo_provadgennya_stosovno_suddiv_yake_pov_yazane_iz_zdiysnenniyam_nimi_sudochinstva.
41. Методичні рекомендації щодо особливостей початкового етапу провадження у кримінальних справах за фактами постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудних вироків, рішень, ухвал або постанов (ст. 375 КК України). – К., 2008. – 42 с.
42. Бриллиантов А. В. Настольная книга судьи : преступления против правосудия / А. В. Бриллиантов, Н. Р. Косевич. – М. : Велби, Проспект, 2008. – 393; Горелик А. С. Преступления против правосудия / А. С. Горелик, Л. В. Лобанова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 235; Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. Є. Дідик. – К., 2008. – С. 126–130.
43. Сімоненко В. Погрози суддям нищать справедливість / В. Сімоненко // Голос України. – 2015. – № 48. – 18 берез.
44. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 4–5.
45. Погорецький М. Кримінальна відповідальність суддів за постановлення неправосудного рішення (ст. 375 КК України) / М. Погорецький // Юрид. вісн. України. – 2015. – № 22; Овчаренко О. М. Юридична відповідальність судді : теоретико-прикладне дослідження : монографія / О. М. Овчаренко. – Х. : Право, 2014. – С. 357, 360.
46. Андрушко П. Науковий висновок (доповнений) по запиту адвоката Павленка М.В. щодо правильності і обґрунтованості кримінально-правової кваліфікації органом досудового розслідування дій Волкової С.Я. за ст. 375 КК України (продовження) / П. Андрушко // Юрид. вісн. України (Інформаційно-правовий банк). – 2015. – № 28. – 18–24 лип.

47. Андрушко П. П. Деякі проблемні питання кримінально-правової кваліфікації постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення в кримінальному провадженні (ст. 375 КК) / П. П. Андрушко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2014. – № 8. – С. 44–45.
48. Дудоров О. О. Кримінальне право : навч. посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / за ред. М. І. Хавронюка. – К. : Ваіте, 2014. – С. 801.
49. Навроцький В. О. З професорської шухляди / В. О. Навроцький. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2016. – С. 399–402.
50. Тютюгін В. І. Постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови: окремі аспекти застосування ст. 375 Кримінального кодексу України / В. І. Тютюгін, О. В. Капліна, І. А. Тітко // Вісн. Верховного Суду України. – 2012. – № 2. – С. 47–48.
51. Дідик С. Є. Протидія службовим злочинам у сфері правосуддя, що вчиняються суддею (кримінально-правовий аспект) / С. Є. Дідик // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). – К. : Наук. думка, 2014. – С. 234; Сіренко В. Про невідворотність покарання суддів за незаконні рішення / В. Сіренко // Голос України. – 2013. – № 166. – 7 верес.
52. Ярослав Романюк : «Судова реформа має проводитися не для політичного піару» // Юрид. вісн. України. – 2016. – № 13.
53. Что думают судьи о статье 375 КК Украины «Постановление судьей (судьями) заведомо неправосудного приговора, решения, определения или постановления» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://protokol.com.ua/ua/chto_dumayut_sudi_o_state_375_kk_ukraini_postanovlenie_sudyoy_\(sudyami\)_zavedomo_nepravosudnogo_prigovoraresheniya_opredeleniya_ili_postanovleniya](http://protokol.com.ua/ua/chto_dumayut_sudi_o_state_375_kk_ukraini_postanovlenie_sudyoy_(sudyami)_zavedomo_nepravosudnogo_prigovoraresheniya_opredeleniya_ili_postanovleniya).
54. Злочини проти правосуддя : навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 29; Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності : окремі проблеми / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – №7. – С. 38; Дідик С. Є. Протидія службовим злочинам у сфері правосуддя, що вчиняються суддею (кримінально-правовий аспект) / С. Є. Дідик // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). – К. : Наук. думка, 2014. – С. 232; Навроцький В. О. З професорської шухляди / В. О. Навроцький. – Івано-Франківськ : Фоліант, 2016. – С. 402–403.
55. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 82–83, 164.
56. Емеева Н.Р. Уголовная ответственность за преступления против правосудия, совершаемые судьями и должностными лицами правоохранительных органов: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. Р. Емеева. – Казань, 2005. – С. 71–72.
57. Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. Є. Дідик. – К., 2008. – С. 124–125; Дідик С. Є. Протидія службовим злочинам у сфері правосуддя, що вчиняються суддею (кримінально-правовий аспект) / С. Є. Дідик // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). – К. : Наук. думка, 2014. – С. 231–232.
58. Примітка. Так, якщо складання судового рішення у формі ухвали вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують всі судді. Повний текст ухвали повинен бути складений не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини і оголошений учасникам судового провадження (ч. 2 ст. 376 КПК України). У цивільному судочинстві у виняткових випадках залежно від складності справи складання повного судового рішення може бути відкладено на строк не більше п'яти днів з дня закінчення розгляду справи, але вступну і резолютивну частини суд має проголосити в тому самому засіданні, в якому закінчився розгляд справи. Рішення суду, що містить вступну та резолютивну частини, має бути підписане всім складом суду і приєднане до справи (ч. 3 ст. 209 ЦПК України).
59. Дудоров О. О. Кримінальне право: навч. посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К. : Ваіте, 2014. – С. 801.
60. Андрушко П. Доктринальне і правозастосовне тлумачення норми, сформульованої у ст. 375 КК України / П. Андрушко // Юрид. Україна. – 2015. – № 7-8.
61. Примітка. Так, мав місце випадок, коли замість судді «судові засідання» проводив керівник апарату суду, який безпосередньо вів процес, допитував свідків, оцінював докази тощо (див.: Тютюгін В. І. Постанова

- лення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови : окремі аспекти застосування ст. 375 Кримінального кодексу України / В. І. Тютюгін, О. В. Капліна, І. А. Тітко // Вісн. Верховного Суду України. – 2012. – № 2. – С. 46).
62. Справа № 5-3056км14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40795794>.
 63. Юрченко К. Завідомо неправосудне судове рішення. Чи варто виключати з Кримінального кодексу статтю 375? / К. Юрченко // Юрид. вісн. України. – 2015. – № 42. – 24–30 жовт.
 64. Горелик А. С. Преступления против правосудия / А. С. Горелик, Л. В. Лобанова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 236.
 65. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 5.
 66. Кулешов Ю. И. Преступления против правосудия : проблемы теории, законотворчества и правоприменения : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 / Ю. И. Кулешов. – Владивосток, 2007. – С. 194.
 67. Андрушко П. П. Деякі проблемні питання кримінально-правової кваліфікації постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення в кримінальному провадженні (ст. 375 КК) / П. П. Андрушко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2014. – № 8. – С. 45.
 68. Тютюгін В. І. Постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови: окремі аспекти застосування ст. 375 Кримінального кодексу України / В. І. Тютюгін, О. В. Капліна, І. А. Тітко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2012. – № 2. – С. 46–47.
 69. Сакара Н. Право на справедливий судовий розгляд та національна практика цивільного судочинства / Н. Сакара // Право України. – 2011. – № 10. – С. 63–65.
 70. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 20–25, 40–41.
 71. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 83.
 72. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 5; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко та ін. ; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – С. 916.
 73. Тютюгін В. І. Постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови : окремі аспекти застосування ст. 375 Кримінального кодексу України / В. І. Тютюгін, О. В. Капліна, І. А. Тітко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2012. – № 2. – С. 48; Дудоров О. О. Кримінальне право : навч. посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк. – К. : Ваіте, 2014. – С. 801.
 74. Тютюгін В. І. Постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови: окремі аспекти застосування ст. 375 Кримінального кодексу України / В. І. Тютюгін, О. В. Капліна, І. А. Тітко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2012. – № 2. – С. 43.
 75. Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності : окремі проблеми / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 7. – С. 37.
 76. Бурдін В. М. Окремі питання кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови / В. М. Бурдін // Актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики (на вшанування пам'яті Ганса Гросса) : зб. матеріалів Міжнар. наук.-практ. конф. (Львів, 29 січня 2016 р.). – Львів : Вид-во Львівської політехніки, 2016. – С. 11.
 77. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С. С. Яценко. – К. : А.С.К., 2005. – С. 740.
 78. Проблемы ответственности судей за принятое решение существуют. – В. Щепоткина, судья ВССУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sud.ua/news/2016/04/04/89054-problemi-otvetstvennosti-sydej-za-prinyatoe-reshenie-syshchestvyut--sydya-visshego-spetssyda-v-shchepotkina>.

79. Кримінальне право України : Особлива частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – С. 512; Злочини проти правосуддя : навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 29.
80. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – С. 851.
81. Польовий О. Л. Гарантії суддівської незалежності при притягненні суддів до юридичної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / О. Л. Польовий. – К., 2014. – С. 11.
82. Лемешко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності : окремі проблеми / О. М. Лемешко, О. М. Овчаренко // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 7. – С. 36–37.
83. Кулешов Ю. И. Преступления против правосудия : проблемы теории, законотворчества и правоприменения : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 / Ю. И. Кулешов. – Владивосток, 2007. – С. 196.
84. Горелик А. С. Преступления против правосудия / А. С. Горелик, Л. В. Лобанова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 233.
85. Дудоров О. О. Кримінальне право : навч. посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К. : Ваіте, 2014. – С. 801.
86. Андрушко П. П. Деякі проблемні питання кримінально-правової кваліфікації постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення в кримінальному провадженні (ст. 375 КК) / П. П. Андрушко // Вісн. Верховного Суду України. – 2014. – № 8. – С. 40; Андрушко П. П. Проблемні питання кримінальної відповідальності судді (суддів) за постановлення завідомо неправосудного рішення та підстав і порядку повідомлення судді про підозру у вчиненні злочину, склад якого передбачений ст. 375 КК / П. П. Андрушко // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2015. – № 4. – С. 111; Андрушко П. Доктринальне і правозастосовне тлумачення норми, сформульованої у ст. 375 КК України / П. Андрушко // Юрид. Україна. – 2015. – № 7-8. – С. 92, 106.
87. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 5, 8.
88. Щасний А. В. Поняття та ознаки завідомо неправосудного вироку як предмета злочину, передбаченого ст. 375 Кримінального кодексу України [Електронний ресурс] / А. В. Щасний. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/16397/%C0>.
89. Примітка. Питання про доречність такої зміни ч. 1 ст. 129 Конституції України за умов існуючого плюралізму підходів до праворозуміння – тема окремої розмови. Постає питання, яким саме розумінням права буде (повинен) керуватись конкретний суддя при розгляді тієї чи іншої справи.
90. Єднак В. М. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з корисливих мотивів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. М. Єднак. – К., 2015. – С. 88–89, 95.
91. Кобзева Е. В. Оценочные признаки в уголовном законе / под ред. Н. А. Лопашенко / Е. В. Кобзева. – Саратов : Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. – С. 101–103.
92. Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. Є. Дідик. – К., 2008. – С. 130.
93. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Изд-во АН СССР, 1958. – С. 6.
94. Грошевий Ю. Проблеми реформування кримінального судочинства / Ю. Грошевой // Право України. – 2009. – № 2. – С. 9.
95. Благоев Е. В. Преступления против государственной власти, военной службы, мира и безопасности государства : лекции / Е. В. Благоев. – М. : Юрлитинформ, 2011. – С. 38.
96. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 КПК України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора).

97. Виноградова Л. Є. Юридична відповідальність суддів загальних судів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Є. Виноградова. – Одеса, 2004. – С. 4.
98. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні : монографія / Н. Д. Квасневська. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 55, 57, 163.

КРИМІНАЛІЗАЦІЯ НЕЗАКОННИХ ДІЙ ІЗ ЗАСТАВЛЕНИМ МАЙНОМ: ЩО МАВ НА УВАЗІ ЗАКОНОДАВЕЦЬ?¹

22 вересня 2011 р. Верховна Рада України ухвалила Закон № 3795-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» (далі – Закон № 3795-VI), яким, зокрема, було внесено зміни до ст. 388 Кримінального кодексу України «Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації». Порівняльний аналіз попередньої та чинної редакцій цієї статті КК дозволяє зробити висновок про те, що зазначеним Законом уперше в історії вітчизняного законодавства було запроваджено самостійну кримінальну відповідальність за незаконні дії із заставленим майном.

Проаналізувавши національне законодавство, покликане забезпечувати процедуру застави майна, ми встановили, що вона детально регламентована положеннями статей 572–593 ЦК України, нормами законів України «Про заставу» і «Про іпотеку». Із змісту цих нормативно-правових актів випливає, що застava майна – це спосіб (вид) забезпечення зобов'язань (якщо інше не встановлено законом), у силу якого кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника (право застави). Застava майна може виникати як на підставі договору, так і на підставі закону або рішення суду. Нею може бути забезпечена будь-яка дійсно існуюча або майбутня вимога, що не суперечить законодавству України, зокрема, така, що випливає з договору позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу. При цьому застava завжди має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання. Чинне законодавство передбачає такі види застави: іпотека; заклад; застava товарів в обороті або в переробці; застava майнових прав; застava цінних паперів.

Заставодавець має право користуватися та розпоряджатися предметом застави лише за умов, що таке користування та розпорядження здійснюються з дотриманням вимог ст. 586 ЦК і ст. 17 Закону «Про заставу» (наприклад, заставодавець може відчужувати заставлене майно тільки за згодою заставодержателя). Особа, яка володіє предметом застави, зобов'язана (якщо інше не встановлено договором): 1) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави (включаючи своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, раціональну експлуатацію та захист предмета іпотеки від незаконних посягань та вимог інших осіб); 2) утримувати предмет застави належним чином; 3) негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави.

Заставодавець, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором. Заставодержатель, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний відшкодувати заставодавцю завдані збитки. Забігаючи дещо наперед, зазначимо, що принцип економії кримінально-правової репресії передбачає звернення до криміналізації тієї чи іншої поведінки лише у тому разі, коли бракує інших (крім кримінального закону) правових важелів впливу на неї.

Визначаючи заставу майна, ми зробили застереження про те, що застava майна – це спосіб забезпечення зобов'язань, якщо інше не встановлено законом. Таким законом є, зокрема, Податковий кодекс України (ПК), згідно з п. 1 ст. 88 якого з метою забезпечення виконання платником податків своїх обов'язків майно платника податків, який має податковий борг, передається у податкову заставу. Порядок передачі майна в податкову заставу регламентується положеннями статей 88–93 ПК і приписами Порядку застосування податкової застави органами державної податкової служби, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 11 жовтня 2011 р. № 1273. З аналізу цих нормативно-правових актів, а також актів цивільного законодавства випливає, що податкова застava має істотні відмінності від застави як способу забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань. Головна відмінність між ними полягає в тому, що застava майна є добровільним актом учасників цивільних і господарських відносин, який оформляється договором на підставі вільного волевиявлення його сторін, у той час, як передача майна в податкову заставу – це примусовий захід, який застосовується керівником органу державної податкової служби до платника податків, котрий не виконав своїх обов'язків, та який полягає в описі майна такого платника податків, і в накладенні певних обмежень щодо вчинюваних операцій із цим майном.

Із положень ст. 573 ЦК також випливає, що заставою як видом забезпечення виконання зобов'язань може бути забезпечена вимога, яка лише може виникнути в майбутньому. Податкова ж застava, навпаки, може мати місце лише в тому разі, якщо платник податків вже порушив свій обов'язок щодо сплати обов'язкових платежів. Право податкової застави виникає вже після фактичної несплати податків і зборів та, як наслідок,

¹ Стаття написана в співавторстві з Д.О. Калмиком та опублікована: Юридичний вісник України. – 24–30 березня 2012 р. – № 12; 31 березня – 6 квітня 2012 р. – № 13; 7–13 квітня 2012 р. – № 14.

виникнення податкового боргу. Крім цього, якщо право застави майна виникає з моменту укладення письмового договору застави чи його нотаріального посвідчення, то право податкової застави виникає згідно з ПК і не потребує письмового оформлення.

Між порівнюваними процедурами наявні й інші відмінності (наприклад, майно, що передається в податкову заставу, обов'язково має бути описане податковим керуючим, а щодо заставленого майна, яке використовується при забезпеченні виконання зобов'язань, такого обов'язку не встановлено; факт передачі майна в податкову заставу завжди реєструється у відповідному реєстрі, а факт передачі майна у «звичайну» заставу – лише в окремих випадках).

Категорія «заставлене майно» використовується і в кримінально-процесуальному законодавстві. Так, із статей 148, 149, 154-1 КПК України випливає, що застара майна в кримінальному судочинстві – це вид запобіжного заходу, який полягає у внесенні коштів у національній грошовій одиниці на спеціальний рахунок з метою забезпечення належної поведінки особи, щодо якої застосовано цей запобіжний захід, її явки за викликом до органу дізнання, слідчого, прокурора або суду, а також виконання інших покладених на неї обов'язків, передбачених ст. 149-1 КПК, з умовою звернення внесених коштів у дохід держави в разі невиконання цих обов'язків. Порядок внесення коштів на спеціальний рахунок у разі застосування застави як запобіжного заходу затверджений постановою КМУ від 18 січня 2012 р. № 27. Якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний, будучи належним чином повідомлений, не з'явився за викликом до органу дізнання, досудового слідства чи суду без поважних причин або не повідомив про причини своєї неявки, або порушив інші покладені на нього обов'язки, передбачені ст. 149-1 КПК України, застара звертається в дохід держави.

З огляду на проведений стислий аналіз відповідних нормативних положень, заставленим майном слід визнавати майно, щодо якого було здійснено процедуру застави в порядку, передбаченому законодавством, – цивільним (застара як вид забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань), податковим (застара як спосіб забезпечення виконання зобов'язання платника податків, не погашеного у встановлений строк) або кримінально-процесуальним (застара як вид запобіжного заходу).

При цьому слід мати на увазі, що згадування податкової застави у контексті застосування ст. 388 КК, вочевидь, позбавлене сенсу, оскільки відповідно до положень ПК і Порядку застосування податкової застави органами державної податкової служби такій заставі завжди передують процедура опису майна. Описане ж майно є (було і раніше) самостійним предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК. Принагідно зауважимо, що відчуження майна, яке перебуває в податковій заставі, здійснене без попереднього узгодження з податковим органом, якщо воно було у цьому разі обов'язковим, не може розцінюватись як передбачене ст. 212 КК ухилення від сплати податків і зборів [1] і залежно від обставин справи може кваліфікуватись, зокрема, за ст. 364 (364-1) або ст. 365 (365-1) КК. Якщо майно, на яке поширюється право податкової застави, було включено у складений податковим керуючим акт опису, то в розглядуваній ситуації не виключається застосування ч. 1 ст. 388 КК.

Вчинення злочину, караного за ч. 1 ст. 388 КК, щодо майна, заставленого в порядку, передбаченому КПК, видається неможливим, адже йдеться про кошти, які внесено на відповідний рахунок (спеціальний депозитний рахунок суду, відкритий в органах Державного казначейства) та які конкретній фізичній особі не ввіряються. При цьому диспозиція ч. 1 ст. 388 КК вимагає, щоб заставлене майно було ввірене винному. На користь висновку про те, що зазначені кошти не повинні вважатись заставленим майном – предметом аналізованого злочину, вказує й історія розроблення та ухвалення Закону № 3795-VI. Тобто в цьому випадку має місце лише термінологічна тотожність, яка не повинна братись до уваги при застосуванні ст. 388 КК.

Таким чином, не дивлячись на те, що в українському законодавстві передбачено кілька процедур застави майна, з точки зору кваліфікації за ст. 388 КК під заставленим слід розуміти майно, яке було заставлене в порядку, передбаченому цивільним законодавством України, для забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань.

Під ввіреністю майна, на яке накладено арешт, або майна, яке описано, у ч. 1 ст. 388 КК України слід розуміти офіційне передавання винному на зберігання арештованого чи описаного майна, здійснене уповноваженим суб'єктом у передбаченому чинним законодавством порядку, що включає в себе: 1) офіційне передавання майна особі; 2) інформування цієї особи (зберігача майна, хранителя спадкового майна) про відповідний правовий режим такого майна, обов'язки щодо його зберігання, а також про встановлені обмеження щодо поводження із ним; 3) оформлення належної документації [2].

Ознака ввіреності заставленого майна має особливості порівняно з ввіреністю арештованого чи описаного майна. Це пов'язано з тим, що цивільне законодавство, яке регламентує такий вид забезпечення зобов'язань, не встановлює загального обов'язку передачі предмета застави тій чи іншій особі. Так, у ч. 6 ст. 576 ЦК зазначається, що предмет застави залишається у заставодавця, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому в частинах 1 і 2 ст. 575 ЦК визначено, що іпотекою є застара нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи, а закладом є застара рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя, або за його наказом – у володіння третій особі.

Із сказаного стає зрозумілим, що виконання процедури «ввірення» (у значенні, розкритому вище) предмета застави його володільцю чинне цивільне законодавство не вимагає і навіть не передбачає. Щоправда, така процедура може бути врегульована в договорі застави. Так, якщо в договорі застави рухомого майна стороною буде чітко виписано, кому передаватиметься предмет застави, яким документом підтверджуватиметься цей факт, яким чином володільця заставленого майна буде поінформований про вимоги ст. 587 ЦК і яким документом буде оформлене це ознайомлення, то за умови виконання цих вимог договору застави можна вести мову про «ввіреність» заставленого майна.

Разом з тим аналіз положень Закону 3795-VI, а також пояснювальних записок до відповідного законопроекту дозволяє стверджувати, що, встановлюючи у межах ст. 388 КК кримінальну відповідальність за незаконні дії із заставленим майном, законодавець передусім мав на увазі такі незаконні дії, які вчиняються саме заставодавцем, – тоді, коли заставлене майно нікому не передається, а залишається в його власника. У зв'язку з цим варто погодитись з М.І. Омеляненко у тому, що під ввіреністю заставленого майна в диспозиції ч. 1 ст. 388 КК законодавець, скоріш за все, мав на увазі правомірне (на підставі закону або договору) володіння винним (заставодавцем, заставодержателем, третьою особою) предмета застави [3]. Як бачимо, говорити про ввіреність майна у цьому випадку можна лише зі значною часткою умовності.

Діяльність законодавця, що полягає у встановленні кримінально-правових заборон, не може бути довільною і повинна (в ідеалі) підлягати певним правилам, виробленим юридичною наукою. Ці правила в кримінально-правовій літературі різними авторами називаються та групуються по-різному. Водночас кожному юристові відомо, що криміналізації будь-якого діяння має передувати ретельна робота щодо аналізу підстав, приводів (конкретних подій чи фактів, які обумовили постановку питання про боротьбу з тим чи іншим явищем за допомогою кримінального закону) та умов (принципів) його криміналізації. Класичним (хоч далеко і не єдиним) підходом стосовно чинників криміналізації вважається вчення, у межах якого підставою криміналізації визнається зумовлена змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжня потреба у тій чи іншій кримінально-правовій новелі, а принципи криміналізації поділяються на дві основні групи – соціальні і соціально-психологічні та системно-правові (загально-правові і кримінально-правові) [4]. Першу групу складають принципи суспільної небезпеки, відносної поширеності діяння, пропорційності позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичної адекватності. До загально-правових принципів криміналізації віднесені принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності і допустимості, процесуальної здійсненності переслідування, а до кримінально-правових – принципи відсутності прогалин у законі, визначеності та єдності термінології, повноти складу злочину, ненадмірності та економії репресії.

Для того щоб знайти відповідь на питання, чому у вересні минулого року назву і диспозицію ч. 1 ст. 388 КК було доповнено вказівкою на заставлене майно, ми звернулися до пояснювальної записки авторів Закону № 3795-VI, поданої ще 10 листопада 2010 р. разом із текстом відповідного законопроекту. Вивчивши цей документ та з'ясувавши низку важливих питань, пов'язаних із необхідністю прийняття Закону № 3795-VI (його цілей і завдань, загальної характеристики, основних положень тощо), ми, на жаль, не знайшли жодного слова щодо необхідності криміналізації незаконних дій із заставленим майном. Не містила будь-яких пояснень з цього приводу і датована 6 квітня 2011 р. пояснювальна записка до «доопрацьованого» проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг». Отже, розширення сфери застосування заборони, закріпленої в ст. 388 КК, відбулося без урахування здобутків кримінально-правової доктрини. Звичайно, можна було б, як завжди, «списати» чергову «неуважність» парламентаріїв на поспіх, на заклопотаність, врешті-решт на те, що основне завдання Закону № 3795-VI, покликаного посилити законодавчий захист прав кредиторів і споживачів фінансових послуг, лежить загалом у площині, відмінній від кримінально-правової матерії.

Однак ще 6 липня 2011 р. на підставі комплексного аналізу відповідного законопроекту фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України висловили низку слушних зауважень щодо його положень, у тому числі щодо змін до ст. 388 КК. Зокрема, зверталась увага на те, що такі дії із заставленим майном, як розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення тощо, і без прийняття оцінюваного законопроекту як закону визнавалися кримінально караними, якщо у встановленому порядку на вказане майно було накладено арешт, воно було описане чи визнано таким, що підлягає конфіскації відповідно до рішення суду, що набрало законної сили. Стверджувалось, що незаконні дії із заставленим майном не можуть визнаватися злочином взагалі і, тим більше, – злочином проти правосуддя, позаяк ці дії є нічим іншим, як порушенням зобов'язань, що випливають із договору застави, і повинні тягти за собою санкції, передбачені таким договором. Вказували парламентські експерти і на те, що пропонувані зміни до ст. 388 КК не відповідають положенням Основного Закону України в контексті гарантій, передбачених ч. 2 ст. 58 Конституції України.

Із наведеними зауваженнями ми погоджуємось. Вважаємо, що мали б з ними погодитись і народні обранці, однак... Аналізовані зміни до ст. 388 КК були прийняті в тому ж вигляді, в якому їх було викладено у первинно-

му та доопрацьованому проектах Закону № 3795-VI, тобто без жодного врахування рекомендацій фахівців. У черговий раз переконуємось у тому, що реалії законотворення у нашій державі, як правило, дуже далекі від напрацювань правової науки. До речі, кримінальна відповідальність за незаконні дії із заставленим майном є нетиповим явищем для зарубіжного кримінального законодавства та має місце хіба що у таких країнах, як Узбекистан і Молдова.

Що ж вийшло? А вийшло ось що. Відтепер кожна фізична особа, яка, наприклад, отримала у банку кредит під заставу своєї ж квартири і зробила в ній ремонт (реконструкцію), є злочинцем. Злочинцем є і той, хто вчинив будь-які (!) інші незаконні дії з предметом застави, наприклад, збільшив віконний отвір у власному будинку (задля покращення освітленості приміщення), переданому в іпотеку за договором кредиту. При цьому не має жодного значення, чи виконує така особа свої зобов'язання за договором, який забезпечується заставою. Тобто на практиці не виключаються ситуації, коли особа в повному обсязі виконуватиме свої зобов'язання за основним договором (наприклад, за договором кредиту позичальник вчасно повертатиме суму кредиту і відсотки за ним), однак буде притягнута до кримінальної відповідальності на підставі ст. 388 КК лише за те, що порушила умови правочину застави, який, як вже зазначалось, покликаний забезпечити виконання зобов'язання за основним договором. Очевидно, що розглядуваним незаконним діям із заставленим майном не притаманна суспільна небезпека як визначальна характеристика будь-якого злочину. Більше того: за нашим переконанням, рівень небезпеки (шкідливості) таких дій є недостатнім і для визнання їх адміністративним проступком.

Навіть якщо припустити доцільність розширення диспозиції ч. 1 ст. 388 КК за рахунок незаконних дій із заставленим майном, сумнівним є рішення, згідно з яким відповідальність за вказані дії регламентується у межах розділу XVIII Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя». Річ у тім, що незаконні дії із заставленим майном не посягають ні на правосуддя як діяльність суду з розгляду справ (правосуддя у так званому процесуальному або «вузькому» значенні), ні на правосуддя як правильну діяльність судової влади та органів, покликаних забезпечувати таку діяльність (правосуддя у так званому матеріальному або «широкому» значенні). Звичайно, у випадках звернення застави на підставі рішення суду можна говорити, що незаконні дії стосовно заставленого майна посягають не лише на порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань, а і на нормальне функціонування судової влади. Однак основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК, у частині незаконних дій із заставленим майном слід вважати саме встановлений законодавством порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою в частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків.

Тому варто погодитися з міркуваннями М.І. Омеляненко, котра доводить, що розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення або інші незаконні дії із заставленим майном» посягає не на правосуддя, а на встановлений порядок виконання зобов'язань, що випливають із договору застави, який, як це засвідчує системний аналіз Особливої частини КК України, не входить до складу жодного об'єкта кримінально-правової охорони. Інакше кажучи, Особлива частина чинного КК не передбачає такого розділу, заборонні норми якого були б покликані захищати права того чи іншого учасника цивільно-правових відносин (у нашому випадку – заставодержателя) [5]. І в цьому немає нічого дивного. Адже, як свідчить аналіз цивільного законодавства України, порушення встановленого порядку виконання зобов'язань, що випливають із договору застави, за своєю юридичною природою є нічим іншим, як цивільно-правовим деліктом. Про це свідчать як положення частин 2 і 3 ст. 587 ЦК України, так і зміст інших норм цивільного законодавства, призначених забезпечувати виконання зобов'язань за договором застави.

Практика виконання цивільних і господарських зобов'язань, яка склалася за останнє десятиріччя в Україні, не відповідає принципам моралі і права, усталеним у цивілізованому суспільстві. І проблема посилення захисту прав кредиторів, у тому числі за рахунок засобів кримінально-правової репресії, звичайно, на часі. У пояснювальній записці до законопроекту, прийнятого як Закон № 3795-VI, зазначається, що основною метою запроваджуваних ним законодавчих змін є зниження рівня ризиків фінансової системи, зниження частки проблемних активів у портфелі банківських установ. Мета начебто й не погана, однак запропоновані способи її досягнення, як свідчить аналіз цього Закону, м'яко кажучи, «не зовсім» узгоджуються з приписами Основного Закону України [6]. Не маючи можливості висвітлити весь спектр питань, пов'язаних із необґрунтованим обмеженням конституційних прав громадян, звернемо увагу лише на таке.

Виходячи зі специфіки банківської діяльності, можна стверджувати, що всі банківські установи в Україні (незалежно від того називаються вони комерційними чи державними) здійснюють виключно підприємницьку (комерційну) діяльність. Однією з визначальних ознак такої діяльності є те, що вона здійснюється на власний ризик (ст. 42 Господарського кодексу України). Тобто законодавець із самого початку попереджає тих суб'єктів, які планують займатися господарською діяльністю, спрямованою на отримання прибутку, про те, що всі ризики, пов'язані з такою діяльністю, вони нести будуть особисто. Не викликає сумнівів, що тут мають місце на увазі і ризики, пов'язані з невиконанням чи неналежним виконанням своїх зобов'язань контрагентами таких суб'єктів.

Із цього випливає, що для зменшення ризиків, пов'язаних із кредитуванням фізичних і юридичних осіб, банк повинен виконати кропітку роботу щодо з'ясування «портрету» тієї особи, яка звертається з проханням про надання кредиту (якщо це фізична особа, то її розгорнута соціально-демографічна характеристика, відносини з іншими фінансово-кредитними установами тощо, а якщо юридична – специфіку господарської діяльності, відносини з контрагентами в процесі здійснення господарської діяльності, темпи росту виробництва, час існування такого суб'єкта, його попередні відносини з іншими банківськими установами тощо). Від якості проведеного аналізу «портрету» потенційного позичальника та принципів банку у прийнятті рішення про надання кредиту та його умови і залежатиме рівень ризиків, пов'язаних із виконанням зобов'язань за кредитним договором. Крім цього, для зменшення рівня таких ризиків чинне законодавство передбачає низку механізмів, покликаних забезпечити належне виконання зобов'язань. Йдеться про те, що банк може застосувати один або кілька способів виконання зобов'язань за кредитним договором. Так, виконання зобов'язань позичальника може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією (у тому числі банківською гарантією), заставою, притриманням, завдатком, а також будь-яким іншим видом забезпечення виконання зобов'язання, який не суперечить законодавству (статті 546–597 ЦК України, 199–201 ГК України).

Отже, банк, як і будь-який інший суб'єкт господарювання, має можливість використати розгалужену систему правових механізмів зниження рівня ризику невиконання зобов'язань за кредитним договором, однак бажає, як правило, користуватися лише одним із них – заставою. При цьому марно сподіватись на те, що цей спосіб стовідсотково дозволить йому у разі невиконання боржником свого зобов'язання одержати задоволення за рахунок заставленого майна. Практика показує, що заставлене майно нерідко втрачається, псується, пошкоджується знищується тощо. Цивільне законодавство встановлює, що в такому разі має місце порушення володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків і в разі, якщо це сталося з його вини, володілець предмета застави зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором (ст. 587 ЦК).

Таким чином, ризик невиконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, та ризик невиконання умов правочину застави в частині невиконання обов'язків щодо збереження заставленого майна є невід'ємними складовими підприємницької діяльності. Ці ризики залежно від конкретних обставин можуть бути більшими або меншими, але у будь-якому разі усі вони є усвідомленими та прийнятними для кожної із сторін. З огляду на сказане, заслуговує на підтримку позиції М.І. Омеляненка, яка, виходячи з того, що невиконання володільцем предмета застави своїх обов'язків за своєю юридичною природою є цивільним деліктом і не становить суспільної небезпеки, притаманної злочину, запропонувала виключити з назви і диспозиції ч. 1 ст. 388 КК України слова «заставленого майна» та «із заставленим майном» відповідно [7]. Стверджувати при цьому, що реалізація згаданої пропозиції означатиме саме декриміналізацію незаконних дій із заставленим майном буде, мабуть, не зовсім точно. Адже такі дії (наприклад, приховування заставленого майна, його відчуження) з урахуванням конкретних обставин справи можуть розцінюватись як готування до шахрайства, бути пов'язаними з підробленням документів тощо. Як слушно зазначив В.О. Навроцький у відгуку на автореферат кандидатської дисертації М.І. Омеляненка, щодо незаконних дій із заставленим майном можна говорити лише про неправильність встановлення відповідальності за їх вчинення у статті Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за посягання на правосуддя, про недоцільність виділення відповідної спеціальної кримінально-правової норми, але не про те, що такі дії *a priori* незлочинні.

Підсумовуючи викладене вище, зазначимо, що криміналізація незаконних дій із заставленим майном стала необґрунтованим втручанням у сферу цивільно-правових і майново-господарських відносин, спробою на законодавчому рівні перекласти ризик невиконання умов правочину застави з пліч заставодержателя на плечі заставодавця (як правило, споживача фінансових послуг). Така законодавча новела може призвести до того, що застава як вид забезпечення виконання зобов'язань перестане використовуватися на практиці (якщо всіх «недобросовісних» володільців предмета застави почнуть притягувати до кримінальної відповідальності), або, скоріш за все, до того, що ст. 388 КК у цій частині перестане (чи взагалі і не почне) застосовуватися, що у свою чергу означатиме порушення принципу невідворотності кримінальної відповідальності.

З точки зору теорії кримінального права Закон № 3795-VI у частині доповнення ст. 388 КК вказівкою на незаконні дії із заставленим майном навряд чи може бути оцінений інакше, як спроба «вилікувати нежить хіміотерапією». Між тим, кримінальний закон – не панацея від усіх хвороб суспільства. Його головне призначення як *ultimo ratio* – крайнього засобу (останнього аргументу) полягає не у вирішенні проблем банків чи інших суб'єктів господарювання та не в зниженні ризиків діяльності цих суб'єктів, а в боротьбі з тими діями, які характеризуються суспільною небезпекою та становлять реальну загрозу для людини, суспільства або держави.

1. Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти. – К., 2006. – С. 243–297.
2. Омеляненко М.І. Кримінально-правова охорона порядку поводження з майном, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – С. 137–140, 165.

3. Омеляненко М.І. Вказана праця. – С. 141–142, 165.
4. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / под ред. В.Н. Кудрявцева и А.М. Яковлева. – М., 1982. – С. 204–240.
5. Омеляненко М.І. Вказана праця. – С. 57, 111.
6. Кравець Р. Передумови для української «Волл-стріт»? // Дзеркало тижня. – 28 жовтня – 4 листопада 2011 р. – № 39.
7. Омеляненко М.І. Вказана праця. – С. 10–11, 63, 94, 183, 188–189.

**ВІДГУКИ ОФІЦІЙНОГО ОПОНЕНТА
(ВИТЯГИ) І РЕЦЕНЗІЇ**

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ¹ Є.Ф. БОБОНИЧА «ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ЗАЙНЯТТЯ ГОСПОДАРСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ТА ДІЯЛЬНІСТЮ З НАДАННЯ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА (СТ. 202 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)»²

Актуальність теми дисертаційного дослідження Є.Ф. Бобонича визначається як дискусійністю окремих аспектів кримінально-правової характеристики порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг, так і (головним чином) складністю визначення перспектив кримінально-правової заборони, закріпленої в ст. 202 КК України. Притаманна регулятивному законодавству невизначеність щодо ознак господарської діяльності та її окремих різновидів не сприяє чіткому розумінню суті злочинних діянь, передбачених цією статтею чинного КК, і, як наслідок, знижує ефективність її застосування на практиці. Як відповідний приклад наведу ситуацію з віднесенням окремих господарських операцій з купівлі-продажу цінних паперів до професійної діяльності на ринку цінних паперів, з приводу чого суперечливі судження висловлюють не тільки окремі фахівці з фондового ринку, а і Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку і Вищий господарський суд України. До речі, ч. 2 ст. 202 КК, в якій йдеться у тому числі про незаконну професійну діяльність на ринку цінних паперів, викладено в новій редакції на підставі Закону України від 26 грудня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів», а тому цей прояв узгодження кримінального і регулятивного законодавства потребує наукового осмислення.

Справжнім каменем спотикання став для вітчизняних криміналістів дохід, який відіграє у складах злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК, роль криміноутворюючої ознаки. Дослідники дискутують стосовно галузевої належності цього поняття, його змістовної наповнюваності та юридичної природи (є дохід характеристикою злочинного діяння, злочинним наслідком чи предметом злочину), доречності звернення в цьому разі до непрямих методів визначення сум податкових зобов'язань, а також стосовно оптимальних параметрів доходу як критерію розмежування злочинної і незлочинної поведінки і взагалі стосовно обґрунтованості використання доходу як характеристики складів господарських злочинів.

З одного боку, не викликає сумнівів, що каране за ст. 202 КК України порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг є суспільно небезпечною поведінкою, пов'язаною з несплатою податків і зборів, поширенням підроблених товарів і неякісних послуг, іншим обманом споживачів, у тому числі тих, які користуються послугами різних фінансових інститутів, заподіянням шкоди засадам добросовісної конкуренції. У цьому сенсі проголошена ст. 42 Конституції України свобода підприємницької діяльності цілком справедливо передбачає наявність обов'язків та юридичної відповідальності (зокрема, кримінальної) за їх недотримання. З іншого боку, не є секретом, що для значної частини працездатного населення України саме тіньова економіка є сферою докладання зусиль і, відповідно, джерелом матеріального благополуччя. У кримінологічній літературі з цього приводу можна навіть прочитати про появу в нашому суспільстві цілої верстви «вимушених підприємців» і те, що незареєстрований сектор ринку, охоплюючи виробництво, торгівлю і сферу послуг, виконує функцію соціального амортизатора. Тому і не дивно, що необхідність існування кримінальної відповідальності за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг або принаймні за окремі різновиди цього господарського злочину не є очевидною для частини вітчизняних дослідників, переконаних у тому, що на правопорушення, які супроводжуються не заподіянням шкоди, а отриманням доходу, слід реагувати за допомогою не кримінально-правових, а адміністративно-правових, господарсько-правових і фінансово-правових заходів впливу. За таких обставин лише за результатами комплексного монографічного дослідження кримінально-правової характеристики порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг можна дати виважену і кваліфіковану відповідь на питання, якою має бути роль цього кримінального закону в системі заходів детінізації національної економіки і яким чином варто вдосконалювати КК і практику його застосування.

Визначаючи наукову новизну дисертації Є.Ф. Бобонича, слід сказати, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. вітчизняна доктрина на дисертаційному рівні не вперше звертається до проблематики кримінальної відповідальності за злочинне порушення порядку зайняття господарською діяльністю. У квітні 2004 р. у ХНУВСі Я.О. Лантінов захистив кандидатську дисертацію на тему «Кримінальна відповідальність за порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю». Однак Є.Ф. Бобонич спромігся аргументувати оригінальні положення, які висуваються на захист і вдало структуровані автором відповідно до

¹ Тут і далі, якщо не зроблено застереження, йдеться про кандидатські дисертації.

² Захист відбувся 15 січня 2010 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка.

встановлених вимог. Це стало результатом більш прискіпливого і глибокого (порівняно з тим, як це зробив попередник) розкриття бланкетного змісту кримінально-правової заборони, закріпленої в ст. 202 КК України, всебічного висвітлення проблем взаємодії приписів кримінального і регулятивного законодавства, формулювання авторського бачення подолання існуючих міжгалузевих колізій у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних із здійсненням та охороною господарської діяльності.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: встановлення в ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК відповідальності за один злочин із двома різновидами, кожен з яких характеризується трьома альтернативними формами; встановлений порядок здійснення господарської діяльності як видовий об'єкт групи злочинів, до якої входить і порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг; належність складів злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК, до формальних і функціональних (а не причинних) характер зв'язку між здійсненням певної незаконної діяльності та отриманням доходу у відповідному розмірі; належність аналізованого злочину до порушення спеціальних правил як особливої форми антисуспільної поведінки; доцільність обмежувального тлумачення вжитого в ч. 2 ст. 202 КК звороту «порушення умов ліцензування»; неможливість використання законодавчої конструкції продовжуваного злочину стосовно різних форм злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК; безпідставність притягнення до кримінальної відповідальності споживачів виробленої продукції, наданих послуг і виконаних робіт, здійснюваних з порушенням встановленого порядку; неправильність використання непрямих методів визначення сум податкових зобов'язань при встановленні доходу як криміноутворюючої ознаки; безпідставність визнання фізичної особи – підприємця службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття; доцільність розмежування доходу суб'єкта господарювання і притаманного, зокрема, злочинам проти власності «корисливого збагачення»; не охоплення, за загальним правилом, поняттям господарської діяльності укладання правочинів без належної легітимації господарської діяльності; визнання злочину, передбаченого ч. 2 ст. 202 КК (у частині різних альтернативних форм), спеціальним як стосовно злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті, так і щодо злочину, передбаченого ст. 203 КК.

Зауваження.

1. Будучи прибічником використання доходу як криміноутворюючої ознаки злочинного порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг, дисертант у примітці авторської редакції ст. 202 КК України пропонує уточнити, що під доходом у цьому разі розуміється виручка від реалізації продукції, надання послуг, виконання робіт, сума якої в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (с. 13, 14, 88, 203–204, 208). Я погоджуюсь з тим, що як характеристика певної злочинної поведінки у вдосконаленій нормі КК має фігурувати неконтрольований державою дохід, отриманий правопорушником, безвідносно до здійснених ним витрат, а не прибуток (різниця між сумою надходжень і сумою понесених витрат), як це має місце на сьогодні. Разом з тим здобувач фактично проігнорував і, відповідно, не спростував існуючу в кримінально-правовій доктрині позицію, згідно з якою не пов'язане зі спричиненням шкоди отримання доходу за своєю природою взагалі не повинне використовуватись у кримінальному законі як показник суспільної небезпеки господарських злочинів. Зокрема, Є.Ф.Бобонич навіть не згадує пропозицію свого попередника Я.О. Лантінова відмовитись від вживання в ст. 202 КК від поняття доходу і перетворити порушення порядку зайняття господарською діяльністю в злочин із матеріальним складом, кримінальна відповідальність за який диференціювалась б залежно від тяжкості наслідків (до речі, не лише майнового характеру). Необхідність з'ясування позиції дисертанта із зазначеного питання зумовлена і тим, що в проаналізованих у роботі положеннях зарубіжного кримінального законодавства про відповідальність за діяння, подібні до описаного в ст. 202 КК України, як криміноутворююча ознака (поряд із доходом або замість нього) виступає шкода (значна шкода), заподіяна певним благам.

2. Відзначивши, що в кримінальному законодавстві багатьох держав (як представниць романо-германської правової системи, так і інших) аналоги ст. 202 КК України відсутні, автор жодним чином це не коментує і не пояснює. Між тим, це варто було зробити в аспекті висвітлення проблеми соціальної обумовленості кримінально-правової заборони, якій присвячене дисертаційне дослідження. Вимушений констатувати, що Є.Ф. Бобонич, сумлінно висвітливши існуючий стан справ із кримінально-правовою охороною порядку зайняття господарською діяльністю, замало звернув уваги на визначення перспектив проаналізованої ним кримінально-правової заборони з погляду дотримання принципів криміналізації і визначення місця ст. 202 КК у системі заходів захисту належного функціонування ринкової економіки.

Наприклад, особисто для мене сумнівною видається підтримана дисертантом позиція українського законодавця, який у ст. 202 КК надає однакового кваліфікуючого значення факту відсутності державної реєстрації суб'єкта підприємництва, факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов (стосуються кваліфікаційних вимог до працівників суб'єктів господарювання, їх матеріально-технічної бази тощо). Якщо зареєстрований у встановленому порядку суб'єкт господарювання отримав належну ліцензію, однак у процесі здійснення господарської діяльності, пов'язаної з отриманням

доходу, порушує окремі ліцензійні умови (наприклад, у складі ліцензіата, який займається роботами із землеустрою, є не два, як вимагає відповідний нормативно-правовий акт, а один спеціаліст, який закінчив ВНЗ за певною спеціальністю і певним освітньо-кваліфікаційним рівнем і має потрібний стаж роботи), то хіба поведінку керівника суб'єкта господарювання в цій ситуації є підстави визнати суспільно небезпечною, а, отже, такою, що потребує криміналізації? Показово, що Я.О. Лантінов у своєму дисертаційному дослідженні запропонував декриміналізувати здійснення господарської діяльності з порушенням умов ліцензування через невелику суспільну небезпеку цього різновиду порушення порядку господарської діяльності, з приводу чого Є.Ф. Бобоничу варто було висловити свою позицію.

3. Дисертант не вважає за потрібне змінювати законодавче описання першої форми злочину, передбаченого ч. 1 ст. 202 КК, у тому сенсі, що злочином, як і сьогодні, пропонується визнавати здійснення без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва діяльності, що не лише містить ознаки підприємницької діяльності, а і підлягає ліцензуванню (с. 64, 208). Із таким підходом погодитись складно, адже цілком зрозуміло, що несплата податкових платежів із підприємницької діяльності, здійснюваної в «тіні», тобто без належної державної реєстрації, відбувається незалежно від того, чи підлягає за законом ця діяльність ліцензуванню. Вимоги законодавства щодо ліцензування окремих видів господарської діяльності несуть, так би мовити, самостійне навантаження, зумовлені загалом відмінними від оподаткування чинниками (наприклад, небезпечність діяльності для необмеженого кола осіб) і, вочевидь, не повинні братись до уваги при визначенні меж кримінально караної поведінки, суть якої полягає в неконтрольованій державою підприємницькій діяльності, пов'язаній із несплатою податків і зборів. Позиція Є.Ф. Бобонича із розглядуваного питання тим більше виглядає нелогічною з урахуванням того, що дослідник наполягає на включенні системи оподаткування до встановленого порядку зайняття господарської діяльності як безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 202 КК України (с. 13–14, 38–40). На мою думку, система оподаткування є додатковим (до того ж факультативним) об'єктом цього злочину, однак у розглядуваному контексті таке неспівпадіння поглядів принципового значення не має. Важливе інше: здійснення особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, тих видів господарської діяльності, які не ліцензуються, не тягне відповідальності за ст. 202 КК – як її чинною редакцією, так і авторською редакцією цієї статті, запропонованою Є.Ф. Бобоничем, що означає навряд чи виправдане виведення системи оподаткування за межі безпосереднього об'єкта злочинного порушення порядку зайняття господарською діяльністю.

4. Вважаю, що робота лише виграла, якби дисертант у процесі розкриття кримінально-правової характеристики порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг висловився з приводу більш загальних проблем, належних у сьогоднішній кримінально-правовій доктрині до числа гостро дискусійних. Привабливість обраної дисертантом теми не в останню чергу зумовлена тим, що вона дозволяла автору позначити і хоча б у стислій формі аргументувати свою позицію, зокрема, стосовно: 1) адміністративної преюдиції (до набрання чинності КК 2001 р. кримінальна відповідальність за порушення порядку зайняття підприємницькою діяльністю пов'язувалась, як відомо, саме з адміністративною преюдицією, а останнім часом ідея використання цього прийому при законодавчому описанні окремих кримінально караних діянь, включаючи господарські, стає дедалі популярнішою в наукових колах); 2) зворотної дії закону у випадку опосередкованої декриміналізації, за якої поліпшення правового становища того, хто порушив кримінальний закон, стає результатом змін не цього закону, а тих нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК (класичний приклад – виключення певного виду господарської діяльності з кола тих, що підлягають ліцензуванню); 3) специфіки юридичної помилки при застосуванні кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями (стосовно ст. 202 КК проблема неправильного тлумачення нормативно-правових актів регулятивного законодавства може набувати значної гостроти, зокрема, коли йдеться про визнання окремих операцій з купівлі-продажу цінних паперів професійною діяльністю на ринку цінних паперів, про можливість надання певних фінансових послуг особами, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, про поширення кваліфікаційних вимог та інших ліцензійних умов на створювані суб'єктами господарювання філії. Тим більше, що роз'яснення із названих і подібних питань застосування регулятивного законодавства, які надаються державними органами – Мінфіном, Держпідприємництвом, ДКЦПФР тощо, як показує практика, нерідко є суперечливими).

5. Текст дисертації містить неточні і суперечливі висловлювання.

Так, позначення дисертантом фактичної господарської дії (складової об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК) як виробництва продукції, надання послуг і виконання робіт без належної легітиматії господарської діяльності (с. 10, 45, 117, 203) не враховує того, що злочином за ст. 202 КК може визнаватись і здійснення господарської діяльності з її належною легітиматією. Маю на увазі здійснення господарської діяльності зареєстрованим у встановленому порядку суб'єктом підприємництва на підставі одержаної ліцензії, однак з порушенням ліцензійних умов.

З міркувань, наведених на С. 85 дисертації, впливає, що здобувач не вважає здавання майна в оренду господарською діяльністю. Варто уточнити, що здавання в оренду майна може здійснюватись як в межах

провадження підприємницької діяльності – різновиду господарської діяльності, так і фізичною особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва з видом діяльності «здавання в оренду майна» (див. лист ДПА України від 9 липня 2009 р. № 14312/7/17-0717). Те, що здавання майна в оренду може набувати вигляду підприємницької діяльності, цілком справедливо визнається і в юридичній літературі (див., наприклад: Яни П. Сдача недвижимости в аренду как незаконное предпринимательство // Законность. – 2009. – № 6. – С. 11–14).

Спочатку автор під такою умовою притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 202 КК, як відсутність державної реєстрації суб'єкта підприємництва, розуміє скасування цієї реєстрації, а не виключення суб'єкта господарювання з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців (с. 70). Надалі здійснення діяльності без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва Є.Ф. Бобонич пов'язує уже з відсутністю в згаданому реєстрі запису про підприємця чи юридичну особу, а не з фактом скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання (с. 96).

Як вже зазначалось, здобувач вважає за недоцільне визнавати систему оподаткування додатковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 202 КК, виходячи з того, що вона є елементом правопорядку в сфері здійснення господарської діяльності як безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину. Однак на С. 88 роботи система оподаткування все ж називається додатковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 202 КК. Твердження ж дисертанта без будь-яких застережень про те, що цей злочин «має не фіскальний характер, а захищає інтереси споживачів» (с. 87), навпаки, повністю ігнорує податкову складову суспільної небезпеки злочинного порушення порядку зайняття господарською діяльністю.

На С. 75 дисертації здобувач, висловлюючись за обмежувальне тлумачення вжитого в ст. 202 КК звороту «з порушенням умов ліцензування», не охоплює цим поняттям порушення порядку одержання ліцензії. А на С. 125 роботи її автор, демонструючи непослідовність у своїх судженнях, погоджується з висловленою в літературі точкою зору, згідно з якою здійснення діяльності з надання фінансових послуг за наявності ліцензії, отриманої неправомірно, слід розглядати як діяльність, здійснювану з порушенням умов ліцензування.

Не ґрунтується на чинному кримінальному законі твердження здобувача про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 229 КК, є особа, яка здійснює господарську діяльність від імені суб'єкта господарювання (с. 198). Насправді суб'єкт незаконного використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару є загальним. Звідси впливає неправильність висновку Є.Ф. Бобонича про неможливість кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 202 і ст. 229 КК, у тому разі, коли порушення порядку зайняття господарською діяльністю вчинюється фізичною особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємницької діяльності.

Дисертант, не пояснюючи свою точку зору, заперечує правильність кваліфікації виготовлення самогону з метою збуту за ст. 203 КК і, погоджуючись з М.Й. Коржанським, висловлюється за застосування в цьому разі ст. 204 КК (с. 171–172). Якщо інкримінування ст. 203 КК у випадку виготовлення з метою збуту і збуту самогону можна визнати безздоганим кроком (через відсутність у регулятивному законодавстві прямої заборони на зайняття самогоніварінням), то пропозиція кваліфікувати вказані дії за ст. 204 КК однозначно не може бути підтримана (позаяк самогон – не підакцизний товар).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Н.О. ПЕТРИЧКО «НЕЗАКОННІ АЗАРТНІ ІГРИ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ТА КРИМІНОЛОГІЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ»¹

Як вид життєдіяльності людини азартні ігри є предметом дослідження різних суспільних наук, зокрема філософії, психології, психіатрії. У цивілістиці традиційно виділяються зобов'язання з гри та парі, однією з визначальних ознак яких вважається наявність особливого (алеаторного) ризику. Оскільки до недавнього часу гральний бізнес належав у нашій країні до дозволених видів господарської діяльності, правові засади його функціонування вивчалися господарсько-правовою, фінансово-правовою та адміністративно-правовою науками. На сьогодні Україна гостро потребує сучасного законодавства, покликаного врегулювати сферу азартних ігор, виконання положень якого мають забезпечувати відповідні кримінально-правові заборони. Однак сталося так, що кримінально-правові і кримінологічні дослідження пов'язаних із гральним бізнесом правопорушень носили фрагментарний характер і не могли слугувати теоретичним обґрунтуванням розроблення вказаних заборон. У світлі сказаного кандидатська дисертація Н.О.Петричко успішно та своєчасно заповнює прогалину в наукових розробках зловідомої проблематики.

Можна по-різному ставитись до мотивів, які спонукали ухвалити Закон України від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні», але очевидним є те, що цей Закон, нагадуючи за своїми наслідками сумнозвісний американський «сухий закон», став потужним криміногенним чинником. Фактично він «дав друге життя» статті 203 КК України, яка передбачає відповідальність за зайняття забороненими видами господарської діяльності та яка до набрання чинності Законом від 15 травня 2009 р. застосовувалась зазвичай лише щодо випадків самогоноваріння. Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні», як відомо, підкорились далеко не всі суб'єкти грального бізнесу, частина з яких продовжила свою діяльність у завуальованих формах (віртуальні казино, букмекерська діяльність лотерейних операторів тощо). Оскільки внаслідок непрофесійних дій державної влади цілий сектор економіки опинився в «тіні», рецензована дисертація має безпосереднє відношення до надзвичайно складної проблеми сьогодення, яку останнім часом небезпідставно називають проблемою національної безпеки, – «тіньової» економіки.

Звичайно, кримінально-правова оцінка незаконних ігор є похідною, залежною від положень регулятивного законодавства. Разом з тим лише за результатами комплексного монографічного дослідження саме кримінально-правових і кримінологічних аспектів порушень, пов'язаних з азартними іграми, можна дати виважену відповідь на питання, якою має бути роль кримінального закону в системі заходів детінізації національної економіки.

У першому розділі здобувач визначається з термінологією, яка стосується предмета дослідження, характеризує суспільну небезпеку незаконних азартних ігор, виокремлюючи при цьому ті чинники, які зумовлюють таку суспільну небезпеку. Включені до першого розділу роботи підрозділи, присвячені історії розвитку вітчизняного законодавства про відповідальність за незаконні азартні ігри і зарубіжному досвіду кримінально-правової протидії таким іграм, будучи прикрасою дисертаційного дослідження, забезпечили його фундаментальність і є корисними з огляду на необхідність засвоєння вироблених людством підходів щодо правової регламентації азартних ігор та юридичної відповідальності за пов'язані з ними правопорушення.

У другому розділі дисертації дається докладна кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із незаконними азартними іграми, а саме здійснено ретельний аналіз їх стану, динаміки, тенденцій і детермінантів, а також особи злочинця і жертви вказаних злочинів, розкриті заходи загально-соціального, спеціально-кримінологічного і віктимологічного запобігання досліджуваним злочинам. Відзначаючи як позитив наявність у дисертації Н.О.Петричко серйозної кримінологічної складової, хотів би зазначити, що досить часто фахівці зі спеціальності 12.00.08 за формулюваннями КК не бачать реальної картини конкретного різновиду злочинності, для протидії якому призначені ті чи інші кримінально-правові заборони. У цьому сенсі рецензована дисертація містить оптимальне співвідношення міркувань юриста-догматика, який розібрався в тонкощах кримінально-правової оцінки незаконних азартних ігор, і результатів повноцінного кримінологічного дослідження. Завдяки такому поєднанню запропоноване цілісне уявлення про певний сегмент «тіньової» економіки як сферу докладання поєднаних із застосуванням кримінального закону зусиль правоохоронних органів.

Нарешті, у третьому розділі дисертаційної роботи висвітлюються питання кримінально-правової кваліфікації незаконних азартних ігор – як з точки зору чинного законодавства, яке забороняє гральний бізнес та участь в азартних іграх, так і з погляду перспективного законодавства, яке, вочевидь, передбачатиме право здійснення грального бізнесу в спеціально створених зонах.

Як це впливає із списку опублікованих праць, авторка працює над обраною темою вже досить тривалий час. Імпонує при цьому те, що дисертант постійно вдосконалює свою наукову позицію. Так, реагуючи на одне

¹ Захист відбувся 22 квітня 2010 р. у Київському національному університеті внутрішніх справ.

із зауважень Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, який у 2006 р. з ініціативи здобувача був внесений до парламенту та яким пропонувалось запровадити самостійну кримінальну відповідальність за організацію фінансових пірамід (с. 12, 222), Н.О.Петричко в дисертації серйозно посилила аргументацію на користь обстоюваного нею положення про те, що така протиправна поведінка не завжди може кваліфікуватись за ст. 190 чинного КК як шахрайство.

Визначаючи наукову новизну дисертації Н.О. Петричко, слід передусім вказати на те, що в кандидатських дисертаціях Я.О. Лантінова «Кримінальна відповідальність за порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю» (2004 р.), М.Є. Короткевича «Кваліфікація зайняття забороненими видами господарської діяльності» (2006 р.) та Є.Ф. Бобонича «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг: кримінально-правова характеристика (ст. 202 Кримінального кодексу України)» (2010 р.) специфіка незаконних азартних ігор як різновиду господарської діяльності відображення не знайшла. Дисертація Н.О. Петричко є першою в Україні монографічною роботою, яка присвячена комплексній кримінально-правовій і кримінологічній характеристиці злочинів, пов'язаних з азартними іграми, та яка містить авторський варіант оптимізації кримінального законодавства, покликаною протидіяти вказаним злочинам.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: нетотожність понять «гральний бізнес» та «азартні ігри»; необхідність вдосконалення законодавчого визначення поняття «азартна гра»; доцільність прирівнювання в плані відповідальності правопорушень, пов'язаних із лотереями, до незаконних організації та проведення азартних ігор; посягання суспільно небезпечних діянь, пов'язаних з азартними іграми, не лише на встановлений порядок зайняття господарською діяльністю, а і на власність, суспільну моральність, сферу службової діяльності тощо; перспективність такого нового виду профілактичної діяльності, як віктимологічне запобігання злочинам, пов'язаним з азартними іграми; відмінність фінансових пірамід від мережевого маркетингу; необхідність притягнення організаторів незаконних азартних ігор в умовах сьогодення до відповідальності за ст. 203 КК і залежність кримінально-правової оцінки їх поведінки від регулятивного законодавства, яке раніше визнавало гральний бізнес ліцензованим видом господарської діяльності, а наразі забороняє таку діяльність; типологію осіб, які займаються організацією та проведенням незаконних азартних ігор.

Зауваження.

1. Кримінальну відповідальність за створення фінансових пірамід авторка пропонує диференціювати, зокрема, залежно від того, вчинено ці дії у великих або особливо великих розмірах, а відповідальність за незаконні організацію або проведення азартних ігор, лотерей, розіграшів – від того, отримано дохід у великих чи особливо великих розмірах. Кількісні параметри названих кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак становлять, відповідно, одну тисячу і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і три тисячі і більше таких мінімумів (с. 219–220). При цьому в дисертації відсутнє обґрунтування наведених пропозицій. Таким чином, властива чинному КК України довільність кількісних показників, які характеризують ознаки складів конкретних злочинів (у тому числі господарських), дисертантом не позначається. Між тим, з огляду на наявність у роботі якісної кримінологічної характеристики злочинів, пов'язаних з азартними іграми, авторка могла б запропонувати своє бачення розв'язання цієї фундаментальної проблеми (звичайно, стосовно досліджуваних нею злочинів), без чого, як відомо, годі й вести мову про соціальну обумовленість кримінально-правових заборон.

2. Наведена в дисертації інформація про фінансові піраміди є цікавою і корисною, а пропозиція криміналізувати створення фінансової піраміди як окремий, відмінний від шахрайства делікт (с. 219–220) – конструктивною. Разом з тим вимушений констатувати, що ця проблематика розглянута здобувачем однобічно (лише під кутом відповідальності за незаконні азартні ігри) і дещо поверхово. Так, Н.О. Петричко обмежується вивченням відповідного австрійського досвіду при тому, що не менш повчальний законодавчий матеріал існує, наприклад, у ФРН (зокрема, § 264а «Шахрайство при капіталовкладенні»; норми Закону про недобросовісну конкуренцію, присвячені забороні багаторівневого маркетингу). Напрацьований досвід протидії «пірамідним схемам» і в США (див., наприклад: Пенцов Д.А. Понятие «security» и правовое регулирование фондового рынка США. – СПб., 2003. – С. 76–98). Існує потреба в здійсненні серйозного кримінологічного аналізу відповідних правопорушень, адже бізнес на фінансових пірамідах продовжується і «процвітає». Наприклад, за експертними оцінками, приблизно половина кредитних спілок у сьогоденній Україні працює саме за схемою фінансової піраміди. Не менш необхідним є поглиблений аналіз, так би мовити, кримінально-правової складової діяльності, пов'язаної зі створенням і функціонуванням фінансових пірамід, яку, крім розглянутої Н.О. Петричко ст. 190 КК, утворюють щонайменше норми КК про відповідальність за фіктивне підприємництво, порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг і злочини, пов'язані з банкрутством. Ознаки фінансових пірамід, у тому числі на предмет їх адекватного відображення в тексті відповідної кримінально-правової заборони, мають бути досліджені із залученням фахової (насамперед фінансово-правової) літератури (див., наприклад: Правонарушения на финансовом рынке: выявление, анализ и оценка ущерба. Справочник для сотрудников правоохранительных органов / Под общей ред. Г.С. Полтавченко. – М., 2007. – С. 531–554). Та-

ким чином, Н.О. Петричко своєю працею хоч і потужно, однак лише започаткувала вказаний перспективний напрям кримінально-правових і кримінологічних досліджень.

3. Дисертант виокремлює причини (специфіка суб'єкта, особливості грального бізнесу, ймовірність спричинення значних матеріальних збитків тощо), через які правозастосовна практика не повернеться до пріоритетного застосування ст. 202 КК тоді, коли гральний бізнес в Україні знову буде легалізований (с. 170). Вважаю такі причини дещо надуманими: перешкод для кваліфікації за ст. 202 КК порушення порядку проведення азартних ігор як виду легальної (у майбутньому) господарської діяльності, на мою думку, немає. Зокрема, щодо суб'єкта, яким, на правильне переконання здобувача, має виступати лише особа, яка організує чи проводить незаконні азартні ігри, то в нашій доктрині вважається, що виконання обов'язків найманого працівника на підставі трудового договору кримінально караним підприємництвом визнаватись не повинне. Таке тлумачення кримінального закону, виключаючи інкримінування ст. 202 КК найманим працівникам (касири, оператори, продавці тощо), справедливо орієнтує правозастосувача на притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винуватих в організації незаконного грального бізнесу. Інша справа, чи відображає кваліфікація за ст. 202 КК специфіку нелегального грального бізнесу. Н.О.Петричко, переконана в необхідності виокремлення спеціальних кримінально-правових заборон і конкретизації кримінальної відповідальності за незаконні азартні ігри, дає на це питання негативну та, як видається, аргументовану відповідь.

4. Оскільки в частинах 2 і 3 авторської редакції ст. 202-1 КК фігурує дохід, здобувачу не завадило б, по-перше, висловитись стосовно змістовної наповнюваності вказаного поняття (це – прибуток або неконтрольований державою дохід незалежно від здійснених витрат) і того, яким чином свою наукову позицію втілити у пропонуванні ст. 202-1 КК, і, по-друге, спростувати існуючу в доктрині позицію, згідно з якою не пов'язане зі спричиненням шкоди отримання доходу взагалі не повинне використовуватись у кримінальному законі як показник суспільної небезпеки господарських злочинів.

Н.О. Петричко, посилаючись на науково-практичні коментарі КК України за редакцією М.І. Мельника, М.І. Хавронюка та Є.Л. Стрельцова, називає дохід у великих розмірах наслідком передбаченого ст. 202 КК порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (с. 168). Хотів би уточнити, що в першому з названих коментарів отриманий дохід не міг називатись наслідком караного за ст. 202 КК злочину, оскільки автор коментарю до цієї статті (О.О. Дудоров) дотримується іншого погляду на юридичну природу доходу як криміноутворюючої ознаки. Відтворену ж Н.О. Петричко точку зору П.П. Андрушка і М.Є. Короткевича навряд чи можна визнати правильною, оскільки дохід, отриманий винуватим, немає підстав визнавати шкодою, заподіяною об'єкту кримінально-правової охорони, а отже, суспільно небезпечним наслідком як ознакою складу злочину.

5. Не всі міркування дисертанта щодо того, яким чином повинні кваліфікуватись незаконні азартні ігри з точки зору чинного законодавства, можуть бути сприйняті. Так, згадування в цьому контексті без будь-яких застережень ст. 164 КпАП (с. 152, 188, 198) вважаю недоречним, оскільки названа норма не передбачає відповідальності за зайняття забороненими видами господарської діяльності, до яких наразі належить гральний бізнес. Ст. 164 КпАП, в якій йдеться про провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва, без одержання ліцензії тощо, могла застосовуватись для правової оцінки незаконних азартних ігор раніше – тоді, коли такі ігри визнавались ліцензованим видом господарської діяльності. Показово, що стосовно ст. 202 і ст. 203 КК Н.О. Петричко робить слушне зауваження про те, що в період чинності Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» має застосовуватись друга з названих кримінально-правових норм.

Здобувач погоджується з думкою про те, що здійснення забороненої господарської діяльності з іншими, ніж корисливі, мотивом і метою не утворює складу злочину, передбаченого ст. 203 КК (с. 167). Однак ця точка зору не бере до уваги існування некомерційного господарювання (ст. 52 Господарського кодексу України) як різновиду господарської діяльності, для якого (на відміну від підприємництва) мета отримання прибутку не є обов'язковою. Звідси випливає необов'язковість корисливих мотивів і мети принаймні для некваліфікованого зайняття забороненими видами господарської діяльності.

Вважаючи, що незаконні азартні ігри можуть бути кваліфіковані як легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, авторка некритично відтворює повідомлення одного з інтернет-ресурсів про порушення кримінальної справи за ст. 209 КК щодо службових осіб товариств з обмеженою відповідальністю, які без отримання відповідної ліцензії займались гральним бізнесом, отримали значний прибуток, частину якого привласнили («залишили в кишенях») (с. 170–171). Не зовсім зрозуміло, в чому саме полягала в цьому випадку легалізація коштів злочинного походження; до того ж постає питання, чи отримані кошти саме внаслідок предикатного злочину. Адже злочин, передбачений ст. 202 КК (а саме за цією нормою могла кваліфікуватись у 2008 р. організація незаконних азартних ігор), не може вважатись предикатним (див. санкції ст. 202 КК і ч. 1 примітки ст. 209 КК).

Дисертант стверджує, що в сучасному законодавстві України щодо відповідальності за діяння, пов'язані з азартними іграми, спостерігається колізія адміністративно-правових, фінансово-правових і криміналь-

но-правових норм (с. 189, 198). На мій погляд, говорити в цій ситуації про колізію навряд чи виправдано. Під колізією у праві зазвичай розуміють неоднакове (різне, суперечливе) регулювання однієї і тієї ж ситуації (питання, суспільного відношення) двома або більше правовими нормами (актами), з яких пріоритетною визнається одна в тому плані, що вона повністю виключає застосування іншої норми. «... колізія виникає за наявності двох і більше правових актів, які регулюють аналогічні відносини; регулюючи одні і ті ж самі фактичні відносини, правові акти пропонують різні за змістом і формою шляхи регулювання; суперечності можуть бути врегульовані правовими засобами» (див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 2001. – Т. 3. – С. 156–157). У випадку з кваліфікацією діянь, пов'язаних із незаконними азартними іграми, мова повинна йти не про колізію, а про вибір тієї чи іншої правової норми, яка найбільш точно відображає суть вчиненого – злочину або адміністративного проступку (організатори азартних ігор мають нести відповідальність за ст. 203 КК, а рядові учасники – за ст. 181 КпАП), інколи – про кваліфікацію за сукупністю злочинів (передбачених, наприклад, ст. 203 і ст. 304 КК «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність»), про поєднання кримінальної відповідальності винуватої фізичної особи (ст. 203 КК) і фінансової відповідальності у виді штрафу, який накладається на суб'єкта господарювання (ст. 3 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні»). Якщо суб'єкт господарювання, який організує і проводить азартні ігри, є фізичною особою, яку притягують за вчинене нею і до кримінальної, і до фінансової відповідальності, постає питання про можливе порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції України), однак, знову ж, про колізію правових норм не йдеться.

6. Не завжди точною і вдалою є термінологія, яка використовується в дисертації. Так, вважаю неправильним називати поняття «азартні ігри», «незаконні азартні ігри», «фінансові піраміди» кримінально-правовими і кримінологічними, позаяк насправді ці поняття носять міжгалузевий характер.

Дисертант неодноразово пише про необхідність криміналізації незаконних організацій і проведення азартних ігор і лотерей (с. 10, 85, 190 та ін.). При цьому визнається, що на сьогодні організатори незаконних азартних ігор повинні нести кримінальну відповідальність на підставі ст. 203 КК, звідки випливає, що така поведінка вже є злочинною, а тому питання про її криміналізацію стояти не може. Про криміналізацію, зумовлену ухваленням пропонованої здобувачем ст. 202-1 КК, є підстави вести мову хіба що в частині запровадження кримінальної відповідальності за незаконні організацію та проведення лотерей (за умови, що така протиправна поведінка не охоплюється наразі диспозицією ст. 202 КК) і, звичайно, в частині встановлення кримінальної відповідальності за створення фінансових пірамід (ініційована дисертантом ст. 190-1 КК). До речі, і в назві, і в тексті ст. 190-1 (у випадку включення її до КК) має фігурувати створення фінансової піраміди; у протилежному випадку, виходячи з буквального тлумачення кримінального закону, злочином не визнаватиметься створення однієї фінансової піраміди. Класичним, як відомо, вважається приклад, наведений свого часу М.Д. Шаргородським: оскільки статут англійського короля Едуарда VI карав за крадіжку коней, суди визнали, що статут не стосується крадіжки одного коня; наступного року до статуту були внесені зміни, згідно з якими злочином стала визнаватись і крадіжка одного коня.

У дисертації неодноразово вказується на суспільну небезпечність незаконних азартних ігор (зокрема, цей зворот вжито в назві підрозділу 1.1). Водночас для авторки безспірним є те, що дії рядових учасників незаконних азартних ігор є не злочинними, а адміністративно караними (с. 10, 40, 161). Доповнення КК України пропонованою Н.О. Петричко статтею 202-1 також не призведе до криміналізації дій рядових учасників незаконних азартних ігор, з чим варто погодитись. За таких умов більш доречно писати про суспільну небезпеку не незаконних азартних ігор як таких, а злочинів, пов'язаних з азартними іграми. З цієї ж причини я б не став, як це робить дисертант, охоплювати поняттям злочинності, пов'язаної з незаконними азартними іграми, саму по собі участь у таких іграх.

Визначаючи момент закінчення злочинів, передбачених ст. 190-1 і ст. 202-1 КК, Н.О. Петричко вказує на те, що створення фінансових пірамід і незаконна організація азартних ігор, лотерей чи розіграшів мають розцінюватись як злочини з усіченим складом (с. 184, 187). Однак у кримінально-правовій доктрині ведеться серйозна полеміка з питання про зміст понять на кшталт «організація» і «створення» у тому сенсі, означають вони лише завершену дію-результат чи охоплюють також дію-процес. У зв'язку з цим при формулюванні змін до КК варто прагнути до того, щоб більш чітко фіксувати свою наукову позицію та усувати в законодавчому порядку ґрунт для подібних дискусій.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Т.Я. КРИХ «НЕЗАКОННА ПРИВАТИЗАЦІЯ ДЕРЖАВНОГО, КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ: ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ»¹

Як широкомасштабний соціально-економічний проект, реалізація якого розпочалась в Україні в 1992 р., приватизація мала на меті створення багатуукладної соціально орієнтованої ринкової економіки, забезпечення в стислі строки стратегічних позицій приватної власності в економіці країни. Проголошувалось, що приватизація повинна здійснюватись на засадах законності, державного регулювання і контролю, надання громадянам України пріоритетного права на придбання державного майна, забезпечення їх соціальної захищеності та рівності прав, створення сприятливих умов для залучення інвестицій, врахування особливостей приватизації відповідних об'єктів, застосування переважно конкурентних способів приватизації тощо.

Однак процес приватизації затягнувся (триває вже 18 років), а реалії, як це нерідко буває, виявились далекими від проголошених гасел, що не в останню чергу пояснюється недостатнім рівнем нормативно-правового регулювання приватизаційних перетворень. Так, у рішенні Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 р. «Про забезпечення національних інтересів і національної безпеки у сфері приватизації та концептуальні засади їх реалізації» зазначається, що чинне законодавство з питань приватизації не відповідає сучасному розвитку суспільних відносин, закладені в ньому механізми та процедури приватизації є неефективними і непрозорими, що призводить до прийняття економічно необґрунтованих рішень з питань приватизації державного майна, створює передумови для зловживань у цій сфері, перешкоджає сталому розвитку та ефективній структурній перебудові економіки. Стратегічні цілі та завдання приватизації не визначено і законодавчо не закріплено; зміни до законодавства з питань приватизації носять непослідовний і несистемний характер, що негативно впливає на інвестиційний клімат в Україні. Про законодавчу невизначеність реформ у сфері приватизації, що унеможливує передбачуваність, прогнозованість останньої, не сприяє широкому залученню інвесторів, створює додаткові ризики для потенційних покупців, йде мова і в підготовленому в 2010 р. Фондом державного майна України Аналізі регуляторного впливу проекту Закону України «Про Державну програму приватизації».

Кримінально-правові заборони, покликані забезпечити ефективну охорону порядку здійснення приватизації, поява яких у вітчизняному законодавстві, як відомо, відбулась із значним запізненням (виявляється, наприклад, що станом на 1 жовтня 2003 р. у державній власності залишалось тільки 15% підприємств промисловості), також не відзначаються ні належною якістю, ні дієвістю. З одного боку, за окремими експертними оцінками, приблизно 90% об'єктів в Україні приватизується з порушеннями чинного законодавства і при бажанні можуть бути реприватизовані – повернуті в державну власність (принаймні такий показник озвучив свого часу тижневику «Дзеркало тижня» теперішній керівник Фонду державного майна України О. Рябченко). З іншого боку, випадки застосування норм кримінального закону, які передбачають відповідальність за злочини проти порядку приватизації, залишаються поодинокими. Так, за даними Державної судової адміністрації України, за 2009 рік за ч. 1 ст. 233 КК («Незаконна приватизація державного, комунального майна») було засуджено всього 2 особи, а за ч. 2 цієї статті – 5 осіб; за недотримання обов'язкових умов щодо приватизації державного, комунального майна або підприємств та їх подальшого використання (ст. 235 КК) за минулий рік засуджено 4 особи. Природно, що показана невідповідність, яка наочно демонструє недостатню ефективність (щоб не сказати – неефективність) відповідних кримінально-правових заборон, потребує пояснень і, головне, висування науково обґрунтованих пропозицій щодо поліпшення стану правозастосовної практики.

Аналіз статей 233, 234 і 235 чинного КК дає підстави в черговий раз констатувати нерідко притаманну формулюванням нашого кримінального закону невизначеність і, як наслідок, непередбачуваність в їх застосуванні. Так, стосовно ст. 233 КК, у аналізі якої присвячено дисертаційне дослідження Т.Я. Крих, вітчизняною доктриною і практикою суперечливо вирішується низка питань кримінально-правової характеристики передбаченого цією статтею злочину, зокрема: належність до предмета незаконної приватизації державного, комунального майна об'єктів державного земельного та житлового фондів; визначення моменту закінчення злочину і законодавчої конструкції його складу; розуміння неправомочної особи і способу, використання якого призводить до зниження вартості майна (названі та інші дискусійні питання вдало окреслені в підрозділі 1.1 дисертації).

Труднощі кримінально-правової оцінки порушень приватизаційного законодавства, яка, з огляду на опісово-бланкетний характер відповідних диспозицій, є похідною (залежною від регулятивного законодавства), зумовлені не лише вадами чинних редакцій певних статей КК, а і складністю, нестабільністю власне приватизаційного законодавства, його неузгодженістю з іншими галузями законодавства (цивільного, господарського тощо). Мабуть, достатньо з цього приводу сказати, що у 1998, 2000, 2009 і 2010 рр. тлумаченням положень

¹ Захист відбувся 24 вересня 2010 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

законодавчих актів з питань приватизації займався Конституційний Суд України. Матеріали опублікованої судової практики в господарських справах засвідчують, що досить часто порозуміння стосовно окремих приписів приватизаційного законодавства не знаходили між собою Верховний Суд України і Вищий господарський суд України. Таким чином, існує нагальна потреба в проведенні комплексних, пов'язаних із зануренням у матерію регулятивного законодавства кримінально-правових досліджень заборон про відповідальність за злочинні посягання на встановлений порядок приватизації, які б, крім всього іншого, допомогли з'ясувати обґрунтованість виокремлення цих заборон та їх перспективи.

Визначаючи наукову новизну дисертації Т.Я. Крих, слід сказати, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. вітчизняна доктрина на дисертаційному рівні не вперше звертається до проблематики кримінальної відповідальності за злочини проти встановленого порядку приватизації. У 2007 р. у Київському національному університеті внутрішніх справ П.І. Заруба захистив кандидатську дисертацію «Кримінальна відповідальність за злочини у сфері приватизації»; за результатами захисту в тому ж році науковцем було видано монографію під такою ж назвою. Однак, на відміну від свого попередника, пропозиції якого щодо вдосконалення ст. 233 КК носили, так би мовити, уточнюючий характер і не були концептуальними, Т.Я. Крих висунула та обґрунтувала принципово інший (порівняно з втіленим у чинній редакції ст. 233 КК) підхід щодо змісту і сфери застосування норми про відповідальність за незаконну приватизацію державного і комунального майна. Запропонований Т.Я. Крих авторський варіант оптимізації кримінального законодавства полягає в тому, щоб визнавати умисне порушення встановленого законодавством порядку приватизації майна злочином винятково проти фінансової системи держави в той час, як приватизацію неправомочною особою і приватизацію майна, яке не підлягає приватизації, розглядати як інший злочин – проти власності, у сфері службової діяльності тощо. Невиправданою, до речі, вважаю відсутність у положеннях, які висуваються на захист і які складають квінтесенцію будь-якого дисертаційного дослідження, згадування про зазначений новаторський підхід.

Відзначаються новизною і сприймаються з цікавістю міркування дисертанта про: відносини власності як додатковий безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 235 КК; основні чинники, які зумовлюють латентність злочинності, пов'язаної з приватизацією; визнання приватизаційних документів не предметом, а знаряддям злочину, передбаченого ст. 235 КК; безпідставність кваліфікації як приватизації майна, яке не підлягає приватизації згідно із законом, випадків порушення умов (порядку) приватизації майна, яке за певних умов чи з дотриманням відповідного порядку може бути приватизоване, а так само приватизації майна, яке не підлягає приватизації згідно з рішеннями місцевих рад; визнання предметом злочину, передбаченого ст. 235 КК, об'єктів земельного і житлового фондів; складність визначення моменту закінчення незаконної приватизації державного, комунального майна, зумовлену неузгодженістю приватизаційного і цивільного законодавства; форми, які утворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 235 КК; різний правовий статус експерта та оцінювача та визнання саме останнього учасником процесу приватизації; оцінку як замаху на досліджуваний злочин заниження вартості майна і подання підроблених документів.

Міркування і пропозиції здобувача стосовно вдосконалення санкцій ст. 235 КК, на перший погляд, виходять за межі заявленої теми дисертації (адже в ній говориться лише про юридичний аналіз складу злочину, а не, наприклад, про кримінальну відповідальність за злочин). Однак включення їх до тексту роботи є абсолютно виправданим: без цього навряд чи міг вважатись завершеним розгляд заявленого здобувачем питання про врахування вироблених доктриною принципів криміналізації при запровадженні кримінальної відповідальності за незаконну приватизацію державного і комунального майна.

Зауваження.

1. Спірною видається пропозиція здобувача, зберігши назву ст. 233 КК і водночас виклавши в новій редакції її частину 1, обмежити сферу застосування аналізованої кримінально-правової заборони випадками порушення порядку приватизації майна, що призвело до ненадходження коштів до бюджету (с. 121–122, 193–194). За такого варіанту поліпшення законодавства спостерігатиметься невідповідність між назвою ст. 233 КК і змістом її диспозиції, оскільки винесене в назву цієї статті поняття незаконної приватизації державного, комунального майна дозволяє охопити і приватизацію особою, якій законом заборонено її здійснювати, і приватизацію майна, яке не підлягає приватизації згідно із законом. З цієї точки зору чинну редакцію ст. 233 КК вважаю більш прийнятною, хоч і вона, зрозуміло, не позбавлена вад, зокрема, через те, що в певних своїх проявах є прикладом надмірної криміналізації.

Описання злочинного діяння (ознаки об'єктивної сторони) як «порушення встановленого законодавством порядку приватизації державного, комунального майна» означатиме посилення бланкетності досліджуваної заборони. Як наслідок, вона стане ще менш визначеною і зрозумілою для правоохоронців і потенційних злочинців, вимагатиме все більших зусиль щодо її тлумачення. Якщо і погоджуватись на пропоноване Т.Я. Крих обмеження сфери застосування ст. 233 КК, то, на мій погляд, варто або в диспозиції її частини 1, або у примітці ст. 233 КК закріпити конкретні різновиди порушення порядку приватизації, спроможні спричинити ненадходження коштів до бюджету. Тим більше, що в тексті роботи такі правопорушення знайшли достатнє висвітлення.

Дослідниця неодноразово наполягає на тому, що суспільна небезпека незаконної приватизації майна полягає в заподіянні істотної шкоди (створенні загрози її заподіяння) відноsinам, які виникають між державою (органами місцевого самоврядування) та юридичними чи фізичними особами в процесі приватизації майна з приводу забезпечення дотримання учасниками приватизації встановленого законодавством України порядку її проведення. Не викликає сумнівів, що і приватизація неправомочною особою, і приватизація майна, яке не підлягає приватизації, посягає на зазначені відносини. Закономірно постає питання, для чого «виводити» вказані різновиди порушення порядку приватизації за межі дії спеціальної кримінально-правової заборони і кваліфікувати їх, як це пропонує авторка, відповідно, як службовий (чи інший) злочин і злочин проти власності. Така кваліфікація не враховуватиме специфіку приватизаційних відносин. Цікаво, до речі, який саме злочин проти власності мається на увазі, якщо, наприклад, відбулося оплатне відчуження майна, яке заборонено було приватизувати?

Вважаю, що суспільну небезпеку незаконної приватизації (у тому числі в аспекті вдосконалення законодавства) не варто обмежувати фіскальною складовою. Останнім часом на державному рівні проголошується перехід від фіскальної до інвестиційно орієнтованої моделі приватизації; мета приватизації визначається як сприяння оптимізації частки державного сектору в умовах ринку, підвищення ефективності економіки та збільшення конкурентоспроможності країни; вказується на недопущення до участі у приватизації об'єктів, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, осіб, зареєстрованих в офшорних зонах, і країнах, які не співпрацюють у сфері протидії відмиванню злочинних доходів, а так само на недопущення приватизації підприємств, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, якщо це матиме наслідком монополізацію відповідного ринку товарів, тощо. Розмірковуючи над вдосконаленням кримінально-правових норм про відповідальність за злочини проти порядку приватизації, ми не можемо не враховувати тенденції розвитку регулятивного законодавства.

2. Дисертанту, яка переконливо довела, що приватизація не є господарською діяльністю, імпонує наукова ідея виокремлення в Особливій частині КК України розділу про відповідальність за злочини у сфері фінансової діяльності держави (с. 8, 61–66). Приписи регулятивного законодавства, як відомо, не дозволяють визнавати низку відносин, поставлених під кримінально-правову охорону за допомогою розділу VII Особливої частини КК України, частиною господарських відносин, якщо виходити з розуміння господарської діяльності, закріпленого в ст. 3 ГК України. Так, крім згаданих Т.Я. Крих приватизаційних відносин, це стосується відносин, пов'язаних зі сплатою податкових та інших обов'язкових платежів. Разом з тим доктринальна пропозиція чітко диференціювати в законодавчому порядку відповідальність за злочини проти державних та інших фінансів навряд чи може бути прийнята однозначно. Пригадується, як у відгуку офіційного опонента на докторську дисертацію Н.О. Гуторової «Проблеми кримінально-правової охорони державних фінансів України» В.О. Навроцький зазначив, що у випадку реалізації такої ідеї створиться небезпека дублювання статей КК, які передбачатимуть відповідальність за злочини, що будуть суміжними за всіма ознаками, крім об'єкта і, частково, предмета, тобто виникне ситуація, яка у зв'язку з прийняттям КК 2001 р. була розв'язана щодо злочинів проти власності. А послідовний розвиток положення про виділення з розділу КК «Злочини у сфері господарської діяльності» всіх норм, які встановлюють відповідальність за посягання на інтереси держави, може мати наслідком «розмивання» одного з центральних за значенням розділів Особливої частини КК.

Крім цього, марно сподіватись на оптимальний склад розділу КК про відповідальність за злочини проти державних фінансів за відсутності єдиного (навіть серед прибічників розглядуваної ідеї) підходу щодо кола відповідних злочинних посягань і дискусійності питання про співвідношення їх безпосередніх об'єктів. Врешті-решт місцезнаходження кримінально-правових заборон у системі Особливої частини КК не має вирішального впливу на ефективність їх застосування, у зв'язку з чим вважаю за доцільне обмежитись уточненням назви розділу VII Особливої частини КК України, в якому потужно представлено блок норм, так би мовити, фінансового спрямування. При формулюванні цієї назви в 2001 р., коли приймався чинний КК, проблематично було передбачити, яке розуміння господарської діяльності закріплюватиме ГК України, ухвалений у 2003 р.

3. Дисертант, розвиваючи позицію свого попередника – П.І. Заруби, пропонує доповнити ст. 233 КК України частиною 3, згідно з якою кримінальна відповідальність за незаконну приватизацію майна серйозно посилюватиметься у випадку вчинення цього злочину службовою особою. Створення кваліфікованих складів і визначення відповідної їм караності діянь, як відомо, – традиційний засіб диференціації кримінальної відповідальності. Однак обґрунтованість пропонованої здобувачем законодавчої новели викликає сумніви. Передусім з урахуванням того, що в межах Особливої частини КК України відповідна кваліфікуюча ознака позначається по-різному (вчинення злочину службовою особою, службовою особою з використанням службового становища тощо), Т.Я. Крих варто було б пояснити, чому вона віддала перевагу саме вжитому нею, а не іншому подібному звороту. Необхідність такого пояснення зумовлена тим, що однією з вад законодавчої регламентації кваліфікуючих ознак у чинному КК вважається використання різних термінів (термінологічних зворотів) для позначення тотожних за змістом кваліфікуючих ознак.

Наведена в дисертації аргументація на користь доповнення ст. 233 КК зазначеною частиною 3 видається недостатньо переконливою. Фактично ця аргументація зводиться до неодноразово повторюваної тези про підвищену суспільну небезпеку приватизації майна, вчиненої службовими особами, наведення всього одного прикладу із правозастосовної практики, в якому йдеться про злочинну приватизацію за участю службових осіб державного підприємства, і твердження про те, що поведінка службових осіб при вчиненні незаконної приватизації майна залишається безкарною (с. 183–185). Не зрозуміло, про яку безкарність йдеться, якщо здобувач поділяє точку зору, яка сприймається практикою (це підтверджується і наведеним прикладом) і згідно з якою за наявності підстав протиправна поведінка службових осіб має кваліфікуватись за сукупністю злочинів – передбаченого ст. 233 КК і того чи іншого злочину в сфері службової діяльності.

Якщо порівняти санкції, з одного боку, пропонованої здобувачем ч. 3 ст. 233 КК, в якій фігурує у тому числі обмеження волі як вид покарання, та, з іншого, тих частин статей КК про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, в яких згадуються тяжкі наслідки (наявність останніх визначається специфікою досліджуваної сфери і ч. 4 примітки ст. 364 КК), то стає очевидним, що посилення караності незаконної приватизації, вчиненої за участю службових осіб, у випадку законодавчої реалізації аналізованої ідеї Т.Я. Крих матиме місце далеко не завжди. Більше того: не виключатиметься призначення більш м'яких (порівняно з результатом застосування наразі ст. 70 КК «Призначення покарання за сукупністю злочинів») покарань за пов'язані з приватизацією злочини службових осіб.

І ще один момент. Авторка цілком справедливо зазначає, що незаконна приватизація державного, комунального майна в переважній більшості випадків вчиняється саме службовими особами (зокрема, с. 183, 187). При цьому однією з вироблених доктриною вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. Інакше кажучи, ознаки, які є типовими для злочину певного виду (у нашому випадку – це вчинення незаконної приватизації службовою особою), повинні регламентуватись у межах основного, а не кваліфікованого складу злочину.

4. Кримінальну відповідальність за незаконну приватизацію майна Т.Я. Крих вважає за доцільне посилювати, якщо це діяння призвело до ненадходження коштів до бюджету у великих розмірах. У примітці авторської редакції ст. 233 КК пропонується зазначити, що під значним розміром, передбаченим у цій статті КК, слід розуміти суму, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (с. 193–195). Вочевидь, допущена технічна неточність: у примітці ст. 233 КК мав би розкриватись зміст такої кваліфікуючої ознаки злочину, як великий розмір коштів, що не надійшли до бюджету. Про те, що сума, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ, утворює великий розмір відповідних коштів, пише і дисертант (с. 183). Однак проблема полягає в іншому. У роботі відсутнє обґрунтування викладеної пропозиції авторки, оскільки таким обґрунтуванням навряд чи може вважатись некритичне відтворення висловлювання Н.О. Гурорової з цього приводу і, так би мовити, проведення паралелей між ст. 233 і ст. 212 КК України (с. 174–175). Тим більше, що у складі злочину «ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)» суспільно небезпечні наслідки у розмірі, що в тисячу і більше разів перевищує НМДГ, відіграють роль ознаки основного складу злочину тоді, як наслідки таких же розмірів Т.Я. Крих пропонує визнавати ознакою кваліфікованого складу злочину «незаконна приватизація державного, комунального майна». У результаті сприйняття законодавцем пропозиції здобувача спостерігатиметься істотна і невинуватна різниця в караності злочинів, які завдають державній скарбниці однакової шкоди.

Як бачимо, властива чинному КК проблема довільності кількісних показників, які характеризують суспільно небезпечні наслідки та інші ознаки складів конкретних злочинів, фактично обійдена Т.Я. Крих, яка обмежилась висловлюванням про те, що суспільно небезпечні наслідки «щодо злочинів проти державних фінансів повинні трактуватись однаково» (с. 175). Звичайно, вказана проблема є надзвичайно складною, фундаментальною (достатньо сказати, що її не вирішив у своїй докторській дисертації, присвяченій злочинним наслідкам у кримінальному праві, П.С. Берзін). Вважаю, що, з огляду на наявність у роботі Т.Я. Крих підрозділу 1.2 «Соціальна обумовленість незаконної приватизації державного, комунального майна» і доречного використання в дисертації здобутків кримінології, здобувач могла б запропонувати своє бачення вирішення зазначеної проблеми (стосовно злочинів проти встановленого порядку приватизації).

5. Текст дисертації не позбавлений окремих неточних або некоректних висловлювань.

Так, на с.26 можна прочитати, що «незаконна приватизація майна досить часто вчиняється у сукупності з іншими злочинами, наприклад, із фіктивним підприємництвом, злочинами у сфері банкрутства, у сфері господарської діяльності...» Але ж наразі і фіктивне підприємництво (ст. 205 КК), і злочини, пов'язані з банкрутством (статті 218–221 КК), належать до злочинів у сфері господарської діяльності. Незаконну приватизацію майна також віднесено (до речі, не О.О. Дудоровим, як пише дисертант на С. 14 своєї роботи, а законодавцем) до злочинів, відповідальність за які регламентовано розділом VII Особливої частини КК України (інша справа, чи є правильним такий крок).

У тексті дисертації неодноразово вживається термінологічний зворот «злочини у сфері приватизації» (зокрема, с. 30, 60, 119). Під такими злочинами Т.Я. Крих услід за П.І. Зарубою розуміє діяння, передбачені статтями 233, 234, 235 КК. Зазначене формулювання вважаю не досить визначеним, занадто широким, позаяк у сфері приватизації можуть вчинятись і злочини у сфері службової діяльності, і окремі злочини проти власності, й інші (крім передбачених статтями 233–235 КК) злочини у сфері господарської діяльності. Невдалість термінологічного звороту «злочини у сфері приватизації» вбачається і в тому, що, зокрема, такі кримінально-правові заборони, як статті 190, 191, 205, 218–221 КК, можуть застосовуватись у сфері приватизації самостійно, не утворюючи сукупності зі статтями 233–235 КК.

Із тексту на С. 41 роботи випливає, що авторка відносить і Білорусь, і Болгарію до нечисленної групи держав, кримінальне законодавство яких містить окремі статті про відповідальність за незаконну приватизацію майна. Насправді відповідно до ч. 3 ст. 424 КК Білорусі здійснення функцій із роздержавлення або приватизації (поряд із відповідальним становищем винного і спричиненням тяжких наслідків) є лише однією з кваліфікуючих ознак такого традиційного службового злочину, як зловживання владою або службовими повноваженнями. Тобто білоруський законодавець (на відміну від українського) не вважає за потрібне конструювати спеціальні кримінально-правові заборони, розраховані на приватизаційні зловживання. Фактично такий же підхід, який не передбачає створення самостійного складу злочину, присвяченого приватизації, втілено в КК Болгарії, згідно зі ст. 283а якого злочинне діяння, пов'язане з приватизацією (як і діяння, пов'язане з купівлею-продажем, здаванням майна в оренду або передачею підприємницькому товариству певної власності), визнається лише різновидом службових злочинів, передбачених ст. ст. 282, 283 КК.

Легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, Т.Я. Крих відносить до злочинних посягань у сфері фінансової діяльності держави (с. 49–50), з чим погодитись складно. Можна по-різному визначати видовий та основний безпосередній об'єкти злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 209 КК (зокрема, всупереч знаходженню цієї заборони в розділі VII Особливої частини КК України вважати передбачений нею злочин посяганням у тому числі на встановлений з певною метою порядок вчинення цивільно-правових правочинів, не пов'язаних з господарською діяльністю). Разом з тим цілком очевидним є те, що далеко не у всіх своїх проявах відмивання «брудного» майна у тому вигляді, в якому цей делікт на сьогодні визнається злочином нашим законодавцем, завдає шкоди саме нормальному функціонуванню фінансової системи (остання, на мій погляд, може претендувати на визнання хіба що додатковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 209 КК).

Міркування дисертанта про належність передбаченої ч. 2 ст. 233 КК приватизації майна у великих розмірах, на відміну від основного складу цього злочину, до злочинів із матеріальним складом (с. 171, 186) мене, відверто кажучи, не переконали. Адже з чинної редакції ч. 2 ст. 233 КК випливає, що великі розміри характеризують не суспільно небезпечні наслідки, а предмет відповідного злочину. При цьому Т.Я. Крих, обґрунтовуючи формальну конструкцію складу злочину «незаконна приватизація державного, комунального майна», слушно зауважує, що «Оскільки законодавець передбачає кримінальну відповідальність за приватизацію, то ... для визначення складу злочину як закінченого повинна відбутись приватизація» (с. 91).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Г.З. ЯРЕМКО «БЛАНКЕТНІ ДИСПОЗИЦІЇ В СТАТТЯХ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ»¹

Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність дозволяє не загромаджувати текст КК України положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, слугує уніфікації законодавства за умов ускладнення та диференціації охоронюваних кримінальним законом правовідносин, сприяє зменшенню кількості оціночних ознак у КК. Не дивлячись на вказані переваги, добре відомі фахівцям, бланкетний спосіб викладення диспозицій у статтях Особливої частини КК має і свої вади, породжує серйозні проблеми як теоретичного (концептуального), так і практичного характеру.

Одразу хотів би зауважити, що труднощі, зумовлені використанням цього специфічного прийому формулювання кримінально-правових заборон, спостерігаються не лише в Україні. Так, у процесі трансформації приписів Європейського співтовариства в додаткове кримінальне законодавство ФРН не завжди вдається забезпечити ясність і зрозумілість кримінально-правових норм, які мають бланкетні диспозиції, а також своєчасно відреагувати на зміни в законодавстві Європейського співтовариства, що призводить до прогалин у кримінально-правовому регулюванні (див.: Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы совместного российско-германского круглого стола 9 октября 2009 г. – М., 2009. – С. 331–333). Конституційний Суд РФ вимушений був неодноразово спростовувати заяви осіб про невизначеність тієї чи іншої ознаки складу конкретного злочину, посилаючись, зокрема, на те, що визначення певного поняття, вжитого в оскаржуваній статті КК, міститься у положеннях нормативно-правових актів іншої галузевої належності (див.: Елинский А. Отклоняемые Конституционным Судом РФ доводы жалоб, оспаривающих нормы Особенной части уголовного закона // Уголовное право. – 2010. – № 4. – С. 122–126).

Повертаючись в Україну, зазначу, що із кричущою нестабільністю вітчизняного регулятивного законодавства, положення якого мають безпосереднє відношення до застосування кримінально-правових заборон із бланкетними диспозиціями, вимушені постійно мати справу автори науково-практичних коментарів КК України. До найбільш значущих проблем бланкетності у кримінальному праві, на вирішення яких і повинні бути спрямовані зусилля доктрини, є підстави віднести, зокрема, питання про: галузеву належність нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК, і те, яким чином слід посылатись на ці акти в процесі правозастосування (особливо у випадку неоднозначності їх положень); обґрунтованість закріпленого в ч. 3 ст. 3 КК України положення про визначення злочинності діяння тільки цим Кодексом, що неможливо з'ясувати без розкриття змісту і структури кримінально-правової норми та її співвідношення зі статтею Особливої частини КК; доцільність створення «інформаційного» додатку до КК України у вигляді переліку іншогогалузевих джерел права, що сприятиме раціоналізації правозастосовної діяльності; визнання або декриміналізацією діяння, або зміною обстановки поліпшення правового становища особи як результату змін у тих нормативно-правових актах, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК (дискусії навколо цієї проблеми нового поштовху надав Закон України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності»: зворот «або іншим чином поліпшує становище особи», яким на підставі цього Закону було доповнено ч. 1 ст. 5 КК, тлумачиться окремими вітчизняними дослідниками як такий, що дозволяє охопити зміни іншогогалузевого законодавства, які поліпшують правове становище особи); специфіку змісту умислу у злочинах, передбачених кримінально-правовими нормами із бланкетними диспозиціями, а так само релевантність юридичної помилки при вчиненні таких злочинів.

Свідченням складності проблематики бланкетності в кримінальному праві є і та обставина, що саме в кримінальних справах про злочини, передбачені нормами КК із бланкетними диспозиціями, досить розповсюдженою в Україні є практика надання науково-консультативних висновків фахівцями в галузі кримінального права за запитами учасників кримінального процесу. При цьому питання про правомірність призначення і проведення «судових правових експертиз» належить у вітчизняному юридичному співтоваристві до числа гостро дискусійних.

У розділі 1 дисертації, присвяченому загальним засадам дослідження проблеми бланкетних диспозицій кримінального закону, вдало окреслюються ті пов'язані з існуванням феномену бланкетності в кримінальному праві дискусійні питання, які не знайшли однозначного вирішення в доктрині, наводиться ретельно продумана та заснована на здобутках теорії права авторська дефініція бланкетної диспозиції в статті Особливої частини КК України, пропонується оригінальна класифікація зазначених диспозицій, висвітлюється історичний і зарубіжний досвід використання бланкетних диспозицій у статтях кримінального закону. У розділі 2 дисертації здійснено докладний аналіз бланкетних вказівок на об'єктивні та суб'єктивні ознаки складів злочинів,

¹ Захист відбувся 14 жовтня 2010 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

передбачених КК України, переконливо пояснюється, чому в різних розділах Особливої частини нашого КК питома вага бланкетності не є однаковою, а також сформульовані правила, з урахуванням яких має визначатись рівень бланкетності в статтях Особливої частини КК України. Розділ 3, підсумовуючи викладене в двох попередніх розділах дисертації, містить конкретні й аргументовані пропозиції, спрямовані на вдосконалення Загальної частини КК, а так само узагальнений виклад тих напрямів, за якими, на переконання Г.З. Яремко, треба вдосконалювати статті Особливої частини КК України.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація Г.З. Яремко, будучи першим в Україні монографічним дослідженням, присвяченим проблемам бланкетності в кримінальному законодавстві, містить авторську концепцію формулювання бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК України і застосування таких диспозицій на практиці.

До положень, які є новими або містять значну частку новизни, є підстави віднести положення про: належність до іншогогалузових джерел права, які застосовуються для конкретизації бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК, не лише нормативно-правових актів і нормативно-правових договорів, а і правових звичаїв; визнання вказаних документів додатковою нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації і водночас відмінними від джерел кримінального законодавства джерелами кримінального права; включення іншогогалузових нормативно-правових приписів у кримінально-правову норму із бланкетною диспозицією і відмінність такої норми від статті Особливої частини КК; визнання бланкетної диспозиції однією з форм запозичення іншогогалузового матеріалу в статтях Особливої частини КК України (такий підхід, крім всього іншого, дозволив Г.З. Яремко вдало визначити об'єкт і предмет свого дослідження); надання зворотної сили іншогогалузовим джерелам права, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК України; залежність бланкетного характеру диспозицій у статтях Особливої частини КК від ступеню іншогогалузової врегульованості суспільних відносин, охоронюваних КК; безпідставність визнання правозастосовного акта джерелом права, звернення до якого лежить у площині з'ясування фактичних обставин справи, а не конкретизації бланкетної диспозиції; недоцільність, за загальним правилом, вказівки у бланкетній диспозиції статті КК на конкретний нормативно-правовий акт; поділ бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК України на ті, які обмежують допустимий рівень бланкетності прямою вказівкою на юридичну силу джерел права, і ті, які прямо не містять обмежень такого рівня; необхідність посилання на іншогогалузові джерела права, до яких відсилають бланкетні диспозиції, в описово-мотивувальній частині процесуального документа.

До окремих пропонованих Г.З. Яремко редакцій статей Особливої частини КК України (Додаток Х) можна «чіплятись», адже вдосконалення законодавчого описання складів конкретних злочинів не може зводитись лише до оптимізації позначення проявів бланкетності у кримінально-правових заборонах або усунення таких проявів. Разом з тим цілком очевидно, що наскрізний підхід здобувача до вдосконалення статей Особливої частини КК України, значною мірою абстрагований від кримінально-правової характеристики окремих злочинів, є корисним, перспективним і заслуговує на пильну увагу з боку законодавця.

Г.З. Яремко виробила правила застосування бланкетних диспозицій у статтях Особливої частини КК України (ці правила можуть стати у нагоді при вдосконаленні постанов Пленуму Верховного Суду України у справах про злочини, передбачені нормами КК із бланкетними диспозиціями), а також успішно реалізувала ідею створення своєрідного «інформаційного» додатку до КК України у вигляді переліків нормативно-правових актів, за допомогою яких конкретизується зміст бланкетних диспозицій в статтях Особливої частини КК України. Г.З. Яремко провела величезну за обсягом і копітку роботу із пошуку відповідних іншогогалузових джерел права, якнайшвидше опублікування (розповсюдження) результатів якої означало б надання дієвої допомоги правозастосувачам з боку науки. Переліки нормативно-правових актів, підготовлені здобувачем, будуть корисними при написанні науково-практичних коментарів до найбільш проблемних в аспекті бланкетності розділів Особливої частини КК України (на кшталт роботи: Пикуров Н.И. Комментарий к судебной практики квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. – М., 2009. – 488 с.).

Зауваження.

1. Як і дисертант, вважаю, що законодавча регламентація юридичної помилки в КК України має враховувати специфіку злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями. Однак запропонований Г.З. Яремко підхід до вирішення цієї надзвичайно складної кримінально-правової проблеми видається не зовсім переконливим і дещо непослідовним. Авторка висловлюється за звільнення від кримінальної відповідальності загальних суб'єктів злочину у зв'язку з відсутністю вини – незнанням ними приписів іншогогалузових джерел права, які не мають сили закону і до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК (с. 13, 155, 160–161, 176). Фактично дослідниці імпонує положення (зокрема, обстоюване Н.О. Гуторовою стосовно злочинів проти державних фінансів) про запровадження презумпції знання спеціальними суб'єктами нормативно-правових актів (у тому числі підзаконних), які регламентують ту чи іншу сферу професійної (службової) діяльності, – презумпції, яка, на мій погляд, унеможлиблює юридичну помилку спеціального суб'єкта щодо злочинності своєї поведінки.

Передусім зверну увагу на те, що зумовлена введенням особи в оману відсутність вини, виключаючи наявність злочину як такого (згідно з ч. 1 ст. 11 КК злочин – діяння винне), робить недоречними будь-які розмови про звільнення такої особи від кримінальної відповідальності. Чинний КК України, регламентуючи інститут звільнення від кримінальної відповідальності, виходить із встановлення факту вчинення особою злочину, а тому передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються nereабілітуючими.

Зарубіжний досвід законодавчого регулювання юридичної помилки, фрагментарно висвітлений у роботі (с. 70), не слугує аргументом на користь пропонованого дисертантом варіанту розв'язання позначеної кримінально-правової проблеми. Річ у тім, що відповідні положення кримінальних законів інших країн (це, наприклад, § 9 КК Австрії, ст. 14 КК Іспанії, ст. 16 КК Республіки Корея, § 30 КК Польщі, § 20 КК Швейцарії, ст. 9 глави 24 КК Швеції, ст. 122-3 КК Франції, § 17 КК ФРН, ст. 38 КК Японії) наголошують на тому, наскільки сумлінно (вибачально) помилялась особа з питання про протиправність вчиненого нею діяння, а не на тому, яку юридичну силу мали нормативно-правові акти, щодо змісту яких особа виявилась введеною в оману, і чи поширювали ці акти свою дію на всіх або лише на певні категорії осіб.

Звичайно, авторка зазнала серйозних труднощів, пов'язаних із дотриманням встановленого обсягу кандидатської дисертації як кваліфікаційної роботи. Водночас хотів би зазначити, що без ретельного аналізу поглядів, зокрема, Б.В. Волженкіна, О.М. Костенка, І.А. Клепицького, І.В. Шишко навряд чи можна розраховувати на більш-менш задовільне вирішення проблеми юридичної помилки стосовно злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами із бланкетними диспозиціями. Врешті-решт Г.З. Яремко приєдналась до моєї пропозиції доповнити КК України відповідною нормою (с. 161). Однак у наведеному формулюванні автор цього відгуку, на відміну від дисертанта, не надає значення тому, який суб'єкт (загальний чи спеціальний) неправильно сприйняв певний нормативно-правовий акт і яку юридичну силу має останній, а намагається акцентувати увагу на тому, чи сумлінно (з урахуванням обставин справи) помилялась особа щодо протиправності вчиненого нею діяння, передбаченого як злочин нормою КК із бланкетною диспозицією. Перекоаний у тому, що кримінальну відповідальність через відсутність складу умисного злочину має виключати лише сумлінна помилка, а саме тлумачення поняття «сумлінний» (добросовісний, старанний, той, хто ретельно виконує певну роботу) передбачає наявність конкретних поважних обставин, які ввели правопорушника в оману.

2. Я підтримую ідею Г.З. Яремко надавати зворотну силу іншогогалузовим джерелам права, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, якщо це призводить до скасування чи пом'якшення кримінальної відповідальності (с. 12, 13, 196). Разом з тим мені складно погодитись, по-перше, із твердженням дисертанта про те, що це питання належить до числа тих, які «в кримінально-правовій науці не висвітлено взагалі чи описано поверхнево...» (с. 22), і, по-друге, із запропонованим авторкою варіантом втілення в КК ідеї зазначеної зворотної сили. Йдеться про те, що Г.З. Яремко вважає за потрібне доповнити розділ IX Загальної частини КК України статтею 48-1 такого змісту: «Прийняття, зміна, скасування законів та інших підзаконних нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини цього Кодексу, у зв'язку з чим пом'якшується або скасовується відповідальність особи, є підставою для пом'якшення відповідальності або звільнення особи від кримінальної відповідальності» (с.160, 194).

Проблема кримінально-правового реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто порушив кримінальний закон, стає результатом змін не цього закону, а тих нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, обговорюється у вітчизняній юридичній літературі досить жваво. Фактично визнає цю обставину і дисертант, посилаючись на праці О.О. Дудорова, В.А. Мисливого, Ю.А. Пономаренка, М.І. Хавронюка (с. 159–160), не згадуючи, щоправда, відповідні роботи таких українських науковців, як Н.О. Гурова, А.І. Золотарьов, О.К. Марін, А.А. Музика, А.О. Пінаєв, С.С. Яценко. Поза увагою Г.З. Яремко залишилось обґрунтоване із посиланням на ст. 58 Конституції України положення про існування випадків опосередкованої декриміналізації – декриміналізації, яка стає результатом змін не закону про кримінальну відповідальність (ст. 5 КК), а пов'язаних із бланкетними диспозиціями нормативно-правових актів регулятивного законодавства (докладніше про це див.: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К., 2006. – С. 571–589, 643–644).

Пропонована здобувачем редакція ст. 48-1 КК породжує запитання, відповіді на які у рецензованій роботі відшукати, на жаль, не вдалось. Якщо зміни нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини КК, тягнуть за собою лише пом'якшення кримінальної відповідальності, то чи виправдано розмішувати розглядувану статтю в розділі Загальної частини КК «Звільнення від кримінальної відповідальності»? Якщо зміни вказаних нормативно-правових актів своїм результатом мають скасування кримінальної відповідальності, то чому особу треба звільняти від кримінальної відповідальності (зважаючи на nereабілітуючий характер цього інституту особа вважатиметься такою, яка вчинила злочин), а не закривати щодо неї кримінальну справу за nereабілітуючою підставою – за відсутністю складу злочину у зв'язку із декриміналізацією (скасуванням злочинності діяння)? Вважаю, що розглядувана проблема має вирішуватись в аспекті вдосконалення законодавчої регламентації не інституту звільнення від кримінальної відповідальності, а зворотної дії закону в часі та приведення ст. 5 КК у відповідність з ч. 1 ст. 58 Конституції України.

3. Одне з положень, яке висувається на захист, сформульоване дисертантом таким чином: «Доведено, що КК України є єдиним джерелом законодавства про кримінальну відповідальність...» (с. 13, 71). Вважаю наведене формулювання не зовсім коректним. Насправді авторка довела (с. 34–36), і в цьому з нею треба погодитись, що КК України (на відміну від іншогогалузевих джерел права, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК) є джерелом кримінального законодавства, а не кримінального права. Обґрунтованість ж закріпленого в ч. 1 ст. 3 КК і внутрішньо суперечливого положення, згідно з яким законодавство України про кримінальну відповідальність становить саме і тільки Кримінальний кодекс України, здобувачем не з'ясувалась. На мою думку, чинний КК України всупереч буквальному розумінню ч. 1 ст. 3 цього Кодексу не може вважатись єдиним джерелом законодавства про кримінальну відповідальність хоча б через те, що таким джерелом є і КК Української РСР 1960 р. із змінами, оскільки втрата ним з 1 вересня 2001 р. чинності, як відомо, є відносною. Так, положення попереднього КК, демонструючи феномен ультраактивної дії кримінального закону, можуть застосовуватись самостійно в порядку зворотної дії закону про кримінальну відповідальність, а також застосовуватись у поєднанні з приписами чинного КК, наприклад, при встановленні специфічного кримінально-правового змісту окремих форм множинності злочинів.

У контексті висвітлення співвідношення між КК України та законодавством України про кримінальну відповідальність викликає інтерес висловлена в літературі (Ю.А. Пономаренко) позиція, згідно з якою до актів кримінального законодавства належать у тому числі міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, в тих випадках, коли вони безпосередньо містять кримінально-правові приписи, та рішення Конституційного Суду з питань конституційності кримінальних законів. Попри вимогу ч. 2 ст. 3 КК про включення до КК законів про кримінальну відповідальність, прийнятих після набрання чинності цим Кодексом, у доктрині існує думка про визнання відносно самостійною складовою кримінального законодавства (а не КК) законів про внесення змін і доповнень до КК при тому, що останні самостійному застосуванню не підлягають. В юридичній літературі (О.М. Бібік, К.В. Ображиев) висловлена і теза про належність до кримінального законодавства тих нормативно-правових актів (на кшталт затверджених МОЗ України Таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу), які ухвалені з питань, визначених нормами Особливої частини КК, і спеціально призначені для конкретизації відповідних ознак складів злочинів.

Таким чином, питання про справжній обсяг поняття «законодавство про кримінальну відповідальність» залишається відкритим, очікує своїх дослідників, а сформульоване в ч. 1 ст. 3 КК України положення про повну кодифікованість вітчизняного кримінального законодавства, вочевидь, є фікцією.

4. Наведені в дисертації положення, присвячені відмежуванню бланкетних диспозицій в статтях Особливої частини КК України від суміжних правових явищ, спонукають висловити такі міркування.

Передбачене ч. 1 примітки ст. 209 КК посилання на кримінальний закон іншої держави в порядку визначення предикатного діяння – джерела «брудного» майна Г.З.Яремко характеризує як бланкетну вказівку (с. 129, 287–288). При цьому авторка неодноразово наголошує на тому, що бланкетна диспозиція в статті Особливої частини КК відсилає до норм інших галузей права. Виходить, що випадок із приміткою 1 до ст. 209 КК варто розглядати як виняток із правила, згідно з яким у разі бланкетного способу викладення диспозиції кримінально-правової заборони для конкретизації її змісту використовується нормативний матеріал іншої (некримінальної) галузевої належності. І цей виняток, вочевидь, повинен бути врахований при уточненні запропонованого дисертантом визначення поняття бланкетної диспозиції в статті Особливої частини КК України. А, можливо, у випадку із ч. 1 примітки ст. 209 КК (у частині посилання на кримінальний закон іншої держави) ми маємо справу не з бланкетною, а з відсильною диспозицією кримінально-правової норми?

Г.З. Яремко пропонує розмежовувати бланкетну диспозицію в статті Особливої частини КК і диспозицію в статті Особливої частини КК, яка передбачає субсидіарне застосування правових норм (с. 43–48). Побачити різницю між названими формами запозичення іншогогалузевого нормативного матеріалу досить проблематично, як і різницю між відсутністю відсилки до норм інших галузей права (характерна, на думку дисертанта, для диспозицій із субсидіарним застосуванням правових норм) і завуальованою (непрямою, опосередкованою) відсилкою до таких норм (притаманна, вважає здобувач, для бланкетних диспозицій). Так, якщо у частинах 2, 3 і 4 примітки ст. 185 КК, які визначають розмір шкоди, спричиненої злочинами проти власності, на відміну від примітки до ст. 212 КК, немає вказівки на те, що НМДГ встановлений законодавством, то що це насправді означає – відсутність відсилки до Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» і Закону про Державний Бюджет на відповідний рік чи все ж наявність завуальованої відсилки до названих законодавчих актів? Подібні питання можна ставити і щодо інших формулювань, які, на думку дисертанта, є складовою бланкетних диспозицій норм КК (невиконання або неналежне виконання певних обов'язків, здійснення діяльності без державної реєстрації тощо). Задля справедливості зауважу, що авторка самокритично визнає умовність підтримуваного нею поділу диспозицій в статтях Особливої частини КК України на бланкетні й такі, що передбачають субсидіарне застосування іншогогалузевих правових норм (с. 43, 150). Видається, що робота лише

виграла, якби здобувач з'ясувала, проявом чого («прихованої» бланкетності або іншої форми запозичення іншогогалузевого матеріалу) є посилання при застосуванні норм КК про відповідальність за злочини проти власності на КпАП, ст. 51 якого містить визначення дрібного викрадення чужого майна.

До нечисленних бланкетних диспозицій, що характеризують суспільно небезпечні наслідки як ознаку об'єктивної сторони складу злочину, Г.З. Яремко відносить примітки статей 212, 212-1 КК (с. 39, 100). У контексті більш повного висвітлення питання про співвідношення форм запозичення іншогогалузевого нормативного матеріалу в статтях Особливої частини КК України авторці не завадило б проаналізувати висловлену в літературі (Ю.А. Пономаренко) точку зору, згідно з якою безпідставно вести мову про бланкетність того кримінально-правового припису, що містить посилання на НМДГ: останній як сурогат національної валюти не встановлює правил поведінки, що характерно для іншогогалузових правових норм, до яких відсилають бланкетні диспозиції. Створюється враження, що до такого розуміння бланкетності схиляється і дисертант, відносячи до бланкетних диспозицій норм про «склади злочинів, які полягають у невиконанні чи неналежному виконанні правових обов'язків, та ті, в яких текстуальний виклад диспозиції фактично передбачає порушення спеціальних правил» (с. 49). Якщо сприйняти такий підхід, то дискусійним видається віднесення до бланкетних диспозицій не лише приміток статей 212, 212-1 КК, а і, наприклад, диспозицій ст. 109, ст. 116, ч. 1 ст. 123, ст. 170, ст. 174, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 205, ч. 1 ст. 206, ч. 1 ст. 209, ч. 1 ст. 260 КК.

5. До положень, які складають наукову новизну (рубрика «вперше»), авторкою віднесено формування джерел права, що застосовуються для конкретизації змісту бланкетних диспозицій в статтях Особливої частини КК України (с. 12). Доречніше, мабуть, вести мову про те, що дисертантом вдосконалено переліки джерел права, що застосовуються для конкретизації змісту бланкетних диспозицій в статтях Особливої частини КК. Адже принаймні у всіх виданнях науково-практичного коментарю КК України за редакцією М.І. Мельника і М.І. Хавронюка в переліках постатейних матеріалів до конкретних статей Особливої частини КК відповідні документи згадуються. Інша справа, наскільки повними є ці переліки і чи своєчасно вони оновлюються: це залежить від сумлінності кожного із співавторів науково-практичного коментарю і вимогливості редакторів коментарю КК як колективної праці.

Здобувач, визнаючи, що науково-практичні коментарі КК України містять переліки відповідних джерел права, водночас пише, що ці переліки «подані не стільки для розкриття змісту ознак, викладених бланкетним способом, скільки для правильного розуміння змісту диспозицій в цілому» (с. 8). Вважаю таке протиставлення дещо штучним, неконструктивним, позаяк очевидно, що переліки постатейних матеріалів включають в себе (мають включати) і ті джерела права, які слугують конкретизації змісту бланкетних диспозицій в статтях Особливої частини КК. При бажанні і в додатках А–Ф до дисертації можна відшукати документи, які не стільки використовуються для конкретизації змісту бланкетних диспозицій, скільки передбачають запозичення іншогогалузевого нормативного матеріалу в формах, відмінних від бланкетних диспозицій (постанова КМУ і НБУ «Про Сорок рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF)» № 1124 від 28 серпня 2001 р. у переліку джерел до ст. 209-1 КК, Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. у переліку джерел до ст. 229 КК тощо).

Ту обставину, що наведені здобувачем у додатках до роботи переліки іншогогалузових джерел права не можуть претендувати на істину в останній інстанції і, відповідно, потребують коригування, спробую показати всього на кількох прикладах. Так, у переліку джерел до ст. 197-1 КК не згадується Закон України від 19 червня 2003 р. «Про державний контроль за використанням та охороною земель», ст. 1 якого містить визначення ключового для розуміння цієї кримінально-правової заборони поняття самовільного зайняття земельної ділянки. Перелік джерел права, до яких треба звертатись при розкритті змісту бланкетної диспозиції ст. 207 КК, повинен включати не лише Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23 вересня 1994 р., а і щонайменше Господарський кодекс України, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р., Закон України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23 грудня 1998 р., Закон України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» від 4 жовтня 2001 р., а так само Порядок продовження строків розрахунків за зовнішньоекономічними операціями, затверджений постановою КМУ № 1409 від 29 грудня 2007 р. У переліку документів до ст. 208 КК згадуються підзаконні акти, що втратили чинність, – замість них слід використовувати Правила здійснення за межі України та в Україні переказів за поточними валютними неторговельними операціями та їх виплати в Україні, затверджені постановою Правління НБУ № 496 від 29 грудня 2007 р., та Інструкцію про переміщення готівки і банківських металів через митний кордон України, затверджену постановою Правління НБУ № 148 від 27 травня 2008 р. До того ж перелік джерел до ст. 208 КК варто розширити за рахунок вказівки на Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. У переліку іншогогалузових джерел до ст. 229 КК, якщо вже називати міжнародні договори, як це пропонує робити авторка (с. 296), слід згадувати і Мадридську угоду про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 р., Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків від 28 червня 1989 р., Ніццьку

угоду про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знак від 15 червня 1957 р., Договір про закони щодо товарних знаків від 27 жовтня 1994 р., Віденську угоду про заснування Міжнародної класифікації зображувальних елементів знаків.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ М.О. БУРТОВОГО «ДОКУМЕНТ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ»¹

У сучасній кримінально-правовій доктрині України поки що не склався єдиний підхід до визначення предмета злочину, його місця в структурі складу злочину, по-різному тлумачиться ознака матеріальності предмета злочину, його співвідношення із засобами та знаряддями злочину тощо. Такий стан речей, мабуть, є нормальним з точки зору розвитку теорії кримінального права, адже багатозначність і водночас синонімічність понять «об'єкт» і «предмет» спостерігається і в філософії, і в загальній теорії права. Разом з тим зрозуміло, що невирішеність проблем, пов'язаних із предметом злочину, у науці ускладнює застосування кримінально-правових норм, врешті-решт негативним чином відбивається на здійсненні правосуддя.

Проблематика кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності, будучи однією з найскладніших (передусім через зв'язок відповідних норм КК із положеннями регулятивного законодавства – величезного за обсягом, суперечливого і вкрай нестабільного), належить у нашій доктрині до числа активно досліджуваних. Однак традиційно монографічні, у тому числі дисертаційні роботи присвячуються кримінально-правовій характеристиці або складу конкретного господарського злочину, або (у кращому випадку) групи господарських злочинів, виділених за певним видовим об'єктом. Вітчизняній юридичній літературі явно бракує наукових праць, в яких би здійснювався наскрізний (за певним критерієм) аналіз заборон, об'єднаних у розділ VII Особливої частини України, і практики їх застосування.

Необхідність і своєчасність поглибленого кримінально-правового аналізу злочинів у сфері господарської діяльності саме під кутом з'ясування значення документів при їх вчиненні зумовлена як труднощами кваліфікації господарських злочинів, предметами або засобами вчинення яких виступають різноманітні документи, так і існуванням проблем, пов'язаних із тлумаченням в теорії і на практиці термінології, яка стосується документообігу. Щодо останньої обставини достатньо сказати, що тлумаченням терміну «офіційний документ» займався Конституційний Суд України. Був підготовлений і проект постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами кримінального законодавства у справах про викрадення, знищення, пошкодження, приховування чи підроблення документів, печаток, штампів та бланків, а також збут або використання підроблених документів», який через зміни в законодавстві про судоустрій так і не був ухвалений.

Наукова новизна дисертації М.О. Буртового полягає в тому, що ця робота є першим в Україні комплексним монографічним дослідженням, присвяченим з'ясуванню кримінально-правового значення документів при вчиненні злочинів у сфері господарської діяльності. Абстрагувавшись (як цього і вимагала обрана тема) від кримінально-правової характеристики конкретних злочинів, здобувач сформулював узагальнену авторську концепцію документа як предмета злочинів у сфері господарської діяльності, визначивши його поняття, ознаки, види і місце у складі злочину.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: необхідність відмежування документів від символів і знаків, які також можуть виступати предметом злочину; предмет як факультативну ознаку об'єкта злочину; важливість для кваліфікації злочинів поділу документів на справжні і підроблені; співвідношення матеріального та інтелектуального фальшування документа; специфічний правовий статус інсайдерської інформації; безпідставність додаткового інкримінування ст. 358 (ст. 366) КК у випадку фальсифікації документів як предмета злочину «незаконні дії у разі банкрутства»; кваліфікацію за сукупністю злочинів, передбачених ст. 201 і ст. 358 (ст. 366) КК, контрабанди, поєднаної з поданням митному органу відповідних документів; існування злочинів у сфері господарської діяльності, які носять інформаційний характер.

Відзначаються оригінальністю і викликають інтерес: авторське визначення документа як предмета злочинів у сфері господарської діяльності; класифікація документів залежно від їх ролі при вчиненні конкретних господарських злочинів; класифікація злочинів у сфері господарської діяльності залежно від справжності чи фіктивності документів, які використовувались при їх вчиненні.

Загалом конструктивною вважаю пропозицію М.О. Буртового запровадити окрему кримінально-правову заборону, присвячену порушенню правил бухгалтерського обліку, при тому, що висунута здобувачем редакція ст. 212-2 КК викликає запитання (про них йтиметься нижче). Дисертант справедливо вказує на суспільну небезпеку зловживань із бухгалтерським обліком, через які ускладнюється, а інколи унеможлиблюється державний контроль за господарською діяльністю, констатує невідповідність суспільної небезпеки цих зловживань їх караності на сьогодні, вказує на наявність відповідних аналогів у зарубіжному кримінальному законодавстві, у тому числі країн із розвинутою ринковою економікою, підкріплює свою пропозицію результатами опитування практичних працівників.

¹ Захист відбувся 27 листопада 2010 р. у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ.

Тут варто нагадати, що в ст. 194 одного з варіантів проекту КК України, розробленого робочою групою КМУ, пропонувалось встановити кримінальну відповідальність за злісне ухилення службової особи суб'єкта підприємницької діяльності від надання фінансово-господарських документів, незважаючи на повторну вимогу уповноважених органів. Прибічником подібного варіанту вдосконалення кримінального закону виступив відомий український кримінолог і колишній практичний працівник В.М. Попович, який пропонував включити до КК 1960 р. ст. 148-11 під назвою «Відмова надати документи про фінансово-господарську діяльність на вимогу уповноважених органів». За встановлення самостійної кримінальної відповідальності за злісне порушення правил бухгалтерського обліку висловлюється І.А. Клепицький – автор однієї з найкращих на теренах СНД монографічних робіт, присвячених проблематиці кримінальної відповідальності за господарські злочини.

Зауваження.

1. Дисертант сприймає традиційний для вітчизняного кримінального права поділ документів на офіційні і приватні. При цьому підхід здобувача до визначення ознак офіційного документа варто охарактеризувати як не зовсім послідовний. Так, у вступній частині роботи (с. 10) і на інших її сторінках (зокрема, с. 52, 55, 62, 63) вказується, що офіційний документ може походити від державних чи самоврядних органів, інших уповноважених юридичних і фізичних осіб. Однак у визначенні офіційного документа, наведеному у висновках (с. 180), серед уповноважених суб'єктів чомусь фігурують лише певні органи та організації. Але ж цілком очевидно, що офіційні документи можуть походити і від фізичних осіб (громадян-підприємців, самозайнятих осіб – лікарів, адвокатів, аудиторів тощо), які у зв'язку зі своєю професійною (службовою) діяльністю мають право видавати або посвідчувати документи, що мають юридичне значення.

Найбільш повним і правильним називає дисертант визначення офіційного документа, яке закріплене в ст. 5 Закону РФ «Про обов'язковий екземпляр документа» і згідно з яким офіційний документ видається від імені законодавчої, виконавчої та судової влади (с. 52). Водночас здобувач визнає, що в певних ситуаціях і недержавні підприємства, установи, організації виступають учасниками управлінських відносин (с. 57–58), у зв'язку з чим документи, які походять від них, мають розглядатись як офіційні. За таких обставин визначення офіційного документа, запропоноване російським законодавцем, немає підстав вважати найбільш вдалим.

Дисертант наголошує на тому, що офіційний документ повинен мати встановлені законом форму і реквізити (с. 63, 180) і, таким чином, приєднується до позиції нашого законодавця, який у визначенні поняття «офіційний документ» (Закон України від 11 червня 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення») вимогу про дотримання визначених законом форми і реквізитів поширює на всі документи, віднесені до офіційних. Насправді з цього правила можуть бути винятки, які ми не можемо ігнорувати, формулюючи загальну дефініцію поняття офіційного документа. Наприклад, які форму і реквізити встановлює закон до листа особистого характеру при тому, що останній, будучи використаним у правозастосовній діяльності як доказ, набуває якості офіційного документа?

Якщо виходити з основних ознак офіційного документа (походження від уповноваженого суб'єкта, формальна визначеність, виконання в системі документообігу посвідчувальної функції), то бухгалтерські документи (починаючи з первинних і закінчуючи фінансовою звітністю) мають розцінюватись як офіційні документи. Дисертант називає помилковою позицію працівників правоохоронних і контролюючих органів, які в тому числі бухгалтерські документи відносять до офіційних документів (с. 50). Щоправда, автор своєї позиції не пояснює, як і не досліджує (судячи з тексту дисертації) питання про співвідношення офіційного і бухгалтерського документа. Якщо бухгалтерський документ – різновид офіційного документа, то постає питання, наскільки коректним є запропонований дисертантом (с. 10) поділ документів як предметів злочинів у сфері господарської діяльності на офіційні, бухгалтерські та інші облікові.

І насамкінець щодо офіційного документа таке: робота в цій частині лише виграла, якби М.О. Буртової опрацював серйозну аналітичну статтю П.П. Андрушка, в основу якої було покладено відповідь вченого на звернення одного із суддів Конституційного Суду України, що свого часу розглядав справу за конституційним зверненням громадянина В.П. Кібальника щодо офіційного тлумачення ст. 366 КК (див.: Андрушко П.П. Документи як предмет злочинів, склади яких передбачені статтями 357, 358 та 366 КК України // Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1 / Відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К., 2009. – С. 4–76).

2. Окремі твердження дисертанта стосовно кримінально-правового значення документів при вчиненні злочинів у сфері господарської діяльності видаються суперечливими і, відповідно, потребують пояснень та уточнень.

Так, якщо на С. 10, 65 і 73–74 зазначається, що документи виступають або предметами злочинів у сфері господарської діяльності, або засобами їх вчинення, то із тексту на С. 178, 180 і 206 випливає, що документи можуть також відігравати роль іншої конструктивної ознаки об'єктивної сторони складу злочину. Як відповідні приклади автор наводить ст. 202 КК (ліцензія), ст. 206 КК (угода), ст. 222 КК (документ, який містить неправдиві відомості). Однак на інших сторінках роботи (с. 29, 73, 78, 172, 181) ліцензію названо вже додатковим

предметом злочину, а угоду – як додатковим (с. 181), так і опосередкованим (с. 74, С. 78) предметом злочину. Продемонстрована плутанина в думках стала результатом того, що дисертант, виокремивши документи як основні, додаткові та опосередковані предмети господарських злочинів, не пояснює, що треба розуміти під цими поняттями. Вважаю, що у цьому разі М.О. Буртовой мав би принаймні послатись на дисертацію Є.В. Лащука, в якій наводяться та аргументуються відповідні класифікації предметів злочину (предмети основні і додаткові; предмети, безпосередньо визначені та опосередковано визначені).

На С. 163 і 171 дисертації можна прочитати, що митна декларація та інші документи, які необхідні для проходження митного контролю та які використовуються для введення в обіг працівників митних органів, є предметом караної за ст. 201 КК контрабанди. Водночас на С. 122–123, 179, 182 митна декларація, товарно-супровідні документи, дозволи відповідних державних органів, деякі інші документи названі вже засобами вчинення контрабанди. Якщо взяти до уваги вироблені кримінально-правовою доктриною (праці Є.В. Лащука, М.П. Бікмурзіна, В.Б. Малініна, О.Ф. Парфьонова та ін.) правила відмежування знарядь і засобів вчинення злочину від предмета злочину, то не викликає сумнівів правильність другої з наведених позицій.

Вказуючи на те, що податкова декларація відіграє при вчиненні злочинного ухилення від сплати податків і зборів роль засобу вчинення цього господарського злочину (с. 125, 180, 182), М.О. Буртовой не відкидає і можливість визнання податкової декларації предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК (с. 125). Одні і ті самі предмети матеріального світу, можуть виступати або як предмети, або як засоби чи знаряддя кримінально караного діяння, але це має місце при вчиненні різних злочинів, а не одного, як у розглядуваній ситуації. Якщо засіб вчинення – це, як пише сам дисертант, «все те, що використовується особою для впливу на предмет і (або) об'єкт посягання» (с. 116), то можна зробити висновок про те, що податкова декларація, шляхом перекручення якої винуватий унікає виконання податкового обов'язку, є не предметом, а засобом вчинення ухилення від сплати податкових внесків. Податкову декларацію навряд чи є підстави визнавати предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК, і через те, що умисно ухилитись від виконання податкового обов'язку можна не тільки шляхом внесення завідомо неправдивих відомостей до податкової звітності, а і шляхом неподання останньої до контролюючих органів. Згідно з вченням про склад злочину та чи інша факультативна ознака (включаючи предмет) є такою у загальному складі злочину; у складі ж конкретного злочину всі ознаки є обов'язковими, відсутність однієї з них означає відсутність складу цього злочину взагалі.

3. Зауваження викликають деякі висловлювання дисертанта з приводу бухгалтерських документів як предмета злочинів у сфері господарської діяльності. Так, кримінально-правове значення вказаних документів дослідник вбачає у тому, що вони є предметом, зокрема, незаконних дій у разі банкрутства (с. 146–147, 183). Хотів би уточнити, що документами, які відображають господарську чи фінансову діяльність суб'єкта господарювання, з точки зору кваліфікації вчиненого за ст. 221 КК мають визнаватись не лише бухгалтерські документи, а і щонайменше цивільно-правові договори, документи податкової звітності, банківські документи (журнали реєстрації платіжних доручень, документи, пов'язані з одержанням банківських кредитів, тощо). Дисертант стверджує, що предметом злочину, передбаченого ст. 221 КК, є лише ті бухгалтерські документи, які «стосуються майна і майнових зобов'язань організації-боржника або індивідуального підприємця...» (с. 147). Однак фізична особа-підприємець не є суб'єктом незаконних дій у разі банкрутства за КК України (на відміну, наприклад, від ст. 195 КК РФ), що унеможливує визнання предметом злочину, передбаченого ст. 221 КК України, будь-яких документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність фізичної особи-підприємця.

Здобувач погоджується зі мною в тому, що при кримінально-правовій оцінці порушень податкового законодавства треба враховувати закріплену в чинному законодавстві відмінність бухгалтерського обліку від податкового, а податкової звітності – від фінансової (с. 146). Якщо ця позиція сприймається, то не зовсім зрозуміло, чому М.О. Буртовой продовжує наполягати на тому, що способом ухилення від сплати податків і зборів може бути внесення в бухгалтерські документи завідомо недостовірних відомостей (с. 124, 150, 151). Ст. 16 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» забороняє податковим органам вимагати подання форм звітності, прямо не передбачених цим Законом, у тому числі бухгалтерських звітів і балансів чи іншої неподаткової звітності. Встановлено, що бухгалтерська звітність подається органам державної статистики та органам, до сфери управління яких належать підприємства. Викладене правило поширюється на будь-які інші, крім податку на прибуток підприємств, обов'язкові платежі, включені до системи оподаткування. У Законі «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», а також у п. 2 Порядку надання фінансової звітності, затвердженого постановою КМУ від 28 лютого 2000 р. № 419, серед адресатів – одержувачів фінансової звітності підприємства, яка включає в себе баланс, звіт про фінансові результати, звіт про рух грошових коштів, звіт про власний капітал та примітки до звітів, податкові органи також не згадуються. Таким чином, з погляду відповідальності за ст. 212 КК і чинного регулятивного законодавства нас має цікавити податкова звітність; бухгалтерські звіти і баланси немає підстав відносити до числа документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою податкових внесків. Цікаво, звичайно, яким чином проблема співвідношення бухгалтерського і податкового обліку, фінансової і податкової звітності вирішуватиметься в новому Податковому кодексі України.

4. Пропонована здобувачем редакція ст. 212-2 КК «Порушення правил бухгалтерського обліку» (с. 162–163, 185) породжує запитання, відповіді на які в дисертації відшукати, на жаль, не вдалося. Так, якщо в назві цієї кримінально-правової норми вказується на порушення саме і лише правил бухгалтерського обліку, то чому в її диспозиції говориться про діяння не тільки з бухгалтерськими, а і з фінансовими документами? Адже очевидно, що бухгалтерські і фінансові документи – поняття не тотожні (див., наприклад, Інструкцію про порядок вилучення посадовими особами органів державної податкової служби України оригіналів та копій фінансово-господарських та бухгалтерських документів, затверджену наказом ДПА від 8 листопада 2005 р. № 493). Висловлю думку, що фінансовими можуть вважатись і документи, пов'язані з обчисленням і сплатою податкових внесків, включаючи документи податкової звітності. Якщо це так, то доповнення КК України статтею 212-2 у пропонованій дисертантом редакції призведе до невиправданого дублювання кримінально-правових заборон, оскільки перекидання податкової звітності, яке потягло за собою заподіяння шкоди державі в певному розмірі, одночасно охоплюватиметься диспозиціями і традиційної ст. 212, і нової ст. 212-2 КК.

Кримінальну відповідальність за порушення правил бухгалтерського обліку М.О. Буртовой пропонує диференціювати і залежно від того, заподіяло це діяння громадянину, організації чи державі велику або особливо велику шкоду. Кількісні параметри названих ознак становлять, відповідно, три тисячі і більше НМДГ і п'ять тисяч і більше таких мінімумів. При цьому в дисертації відсутнє обґрунтування наведених пропозицій.

Відомо, що для чинного КК України характерна відсутність наукового підходу до побудови санкцій. Запропонувавши встановити певні покарання за порушення правил бухгалтерського обліку, М.О. Буртовой не мотивує свою позицію з цього питання. Можна, звичайно, припустити, що при розробленні санкцій ст. 212-2 КК автор орієнтувався на санкції ст. 357 КК України, яка передбачає відповідальність за подібні дії з документами (викрадення, приховування, знищення тощо), вважаючи, що санкції за аналізований делікт треба зробити більш жорсткими.

Таким чином, якісне втілення в законодавчу матерію ідеї кримінальної відповідальності за найбільш грубі порушення правил бухгалтерського обліку, яка висувається М.О. Буртовим скоріше в постановочному плані, потребує проведення окремого наукового дослідження.

5. Дисертант правий, коли стверджує, що певні документи, будучи культурними цінностями, можуть виступати предметом злочину, передбаченого ст. 201 КК України. Разом з тим пропозиція М.О. Буртового обмежувати контрабанду таких специфічних документів лише випадками переміщення їх через митний кордон, поєднаного з поданням митному органу певних документів – підроблених, одержаних злочинним шляхом тощо (с. 40, 71), не ґрунтується на чинному КК України, а тому не може бути прийнята. Річ у тім, що відповідно до ст. 201 КК переміщення через митний кордон предметів, яким притаманні спеціальні ознаки (до числа таких предметів належать і культурні цінності), утворює склад злочину «контрабанда» за умови, що їх переміщення було незаконним. Це – переміщення і поза митним контролем, і з приховуванням від митного контролю (охоплює і згадану дисертантом «документальну» контрабанду), і за відсутності належного дозволу тощо.

Здобувач пише, що розподіл документів на підроблені, недійсні або одержані злочинним шляхом може враховуватись при кваліфікації контрабанди за ознакою «з обманним використанням документів» (с. 41). У цьому разі М.О. Буртовой видає бажане за дійсне: у чинній редакції ст. 201 КК названої ознаки немає, хоч вона, на моє переконання, повинна була б бути, щоправда, в дещо іншому вигляді («інше обманне використання документів і засобів митної ідентифікації»). Здобувач вказує на подання митному органу, зокрема, документів, що є підставою для переміщення інших предметів (с. 40, С. 71). Однак у ст. 352 Митного кодексу України 2002 р., яка розкриває зміст поняття «приховування від митного контролю» і до якої слід звертатись при аналізі складу злочину «контрабанда», не згадуються документи, які є підставою для переміщення інших предметів, а так само недійсні документи, що можна вважати прогалиною у кримінально-правовому регулюванні відповідних відносин. Вказану прогалину якраз і можна усунути, доповнивши ст. 201 КК вказівкою на «інше обманне використання документів і засобів митної ідентифікації».

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ С.В. ЧМУТА «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТАТЕВІ ЗНОСИНИ З ОСОБОЮ, ЯКА НЕ ДОСЯГЛА СТАТЕВОЇ ЗРІЛОСТІ»¹

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Виокремлення в Особливій частині КК України 2001 р. розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», будучи історично і науково обґрунтованим кроком, засвідчує посилення уваги з боку держави до стану сексуальних відносин у суспільстві. При цьому стан забезпечення реалізації права людини на її свободу і недоторканість (у тому числі статеву) справедливо вважається показником морального здоров'я суспільства, індикатором його духовності і ставлення до загальнолюдських цінностей. Складність проблематики кримінальної відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи не в останню чергу зумовлена тим, що в цьому разі йдеться про поведінку в інтимній сфері життя людини.

Актуальність теми дисертаційного дослідження С.В. Чмута зумовлена кількома чинниками. По-перше, це суспільна небезпека злочину, передбаченого ст. 155 КК України, як посягання на статеву недоторканість дітей і підлітків, їх здоров'я, нормальний фізичний і психічний розвиток. Вважається, що передчасний (до досягнення статевої зрілості) вступ у статевий зв'язок не лише загострює ризик настання відповідних захворювань (у тому числі венеричних) і абортів, а і породжує психологічні проблеми – робить підлітків цинічними, безсоромними, не здатними розуміти глибокі почуття, що може негативним чином вплинути на майбутнє сімейне життя підростаючого покоління. По-друге, це традиційна дискусійність чималої кількості аспектів кримінально-правової характеристики статевого зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості. Так, доктрина і практикою неоднозначно вирішуються питання, які види сексуальних контактів охоплюються вжитим у ст. 155 КК поняттям «статеві зносини», з якого моменту передбачений цією статтею злочин слід визнавати закінченим, чи може бути необережним психічне ставлення до статевонезрілого стану потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, як впливає на застосування цієї кримінально-правової заборони досягнення особою, з якою здійснювались статеві зносини, шлюбного віку, який характер (медичний, соціально-біологічний чи кримінально-правовий) носить запроваджене, починаючи з 1922 р., у вітчизняне кримінальне законодавство поняття «статева зрілість», яким чином співвідносяться між собою статеву свободу та статеву недоторканість особи як складові родового об'єкта злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини КК України, який вік дитини засвідчує наявність безпорадного стану особи і, відповідно, як у сучасних умовах сексуальної розкритості треба відмежовувати згвалтування від статевого зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, за вказаною віковою ознакою. По-третє, це необхідність осмислити законодавчі новели регламентації кримінальної відповідальності за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, що пов'язані з ухваленням Закону України від 25 вересня 2008 р. «Про внесення змін до статей 155 та 156 Кримінального кодексу України щодо відповідальності за розбещення неповнолітніх» та які полягають в істотній зміні караності злочину, передбаченого ст. 155 КК, і розширенні кола спеціальних суб'єктів цього злочину. По-четверте, це потреба з'ясувати, наскільки КК України в частині регламентації кримінальної відповідальності за злочинні посягання на статеву недоторканість неповнолітніх узгоджується з відповідними міжнародно-правовими стандартами і передусім із Конвенцією РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення від 25 жовтня 2007 р. Взагалі бажано визначити стан правової системи нашої держави з урахуванням світових тенденцій розвитку кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини, які зводяться не лише до послідовної його лібералізації та усунення гендерної нерівності, а і до посилення кримінально-правового захисту дітей від різних форм сексуального насильства і сексуальної експлуатації. А у зв'язку з прийняттям Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» також вельми своєчасним є аналіз роз'яснень, наведених у постанові Пленуму Верховного Суду України у постанові від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», на предмет їх відповідності тій інтерпретації ознак статевого злочинів, яка складається у практиці ЄСПЛ. По-п'яте, це очевидна невідповідність значної поширеності у сьогодиншній Україні випадків статевого зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, кількості засуджених за цей злочин (так, за даними Державної судової адміністрації України, у 2009 р. за ч. 1 ст. 155 КК засуджено 27 осіб, а за ч. 2 цієї статті – 2 особи), що закономірно ставить питання про пошук шляхів підвищення ефективності розглядуваної кримінально-правової заборони.

Незважаючи на те, що після набрання чинності КК України 2001 р. було захищено низку дисертацій, присвячених кримінально-правовій і кримінологічній характеристиці злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, дотепер у нашій доктрині не проводилось повноцінного монографічного дослідження, в якому б всебічно і розгорнуто висвітлювались зазначені вище та інші проблемні питання кримінальної відпо-

¹ Захист відбувся 14 грудня 2010 р. у Класичному приватному університеті.

відальності за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості. Науковці (О.В. Губанова, С.С. Косенко, М.О. Ларченко, А.С. Лукаш, Т.Д. Лисько, Д.П. Москаль та ін.) у своїх дисертаціях віддавали перевагу вивченню насильницьких статевих злочинів у той час, як ненасильницькі злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи досліджувались лише на рівні окремих наукових статей, науково-практичних коментарів КК, навчальних посібників і підручників. У світлі сказаного кандидатська дисертація С.В. Чмута успішно та своєчасно заповнює прогалину в наукових розробках злободенної кримінально-правової проблематики.

Наукова новизна дисертації С.В. Чмута полягає в тому, що ця робота є першим в Україні комплексним монографічним дослідженням, присвяченим теоретичним, законодавчим і правозастосовним проблемам кримінальної відповідальності за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості. Однією з наскрізних ідей дослідження С.В. Чмута, яка висувається здобувачем не вперше, але яка знайшла у дисертації серйозне, системне обґрунтування, є положення про заміну в ст. 155 КК України поняття статевої зрілості на більш наглядний і менш суперечливий у плані встановлення віковий критерій (с. 10, 41, С. 58, 83–89 та ін.). Під час ухвалення КК 2001 р. ця слушна ідея, на жаль, не була прийнята вітчизняним законодавцем, і на сьогодні Україна разом з Албанією та Болівією утворює нечисленну групу держав, кримінальне законодавство яких використовує поняття статевої зрілості для окреслення меж злочинної поведінки особи. Вжите в ст. 155 КК України поняття статевої зрілості, з одного боку, дозволяє врахувати стан індивідуального розвитку конкретного потерпілого, проте, з іншого, створює небезпеку об'єктивного інкримінування (встановлення статевої зрілості шляхом проведення судово-медичної експертизи ускладнює, щоб не сказати – унеможлиблює, усвідомлення особою цієї ознаки потерпілого). Мені загалом імпонує ідея здобувача використовувати для позначення потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, поняття шлюбного віку, адже останній визнається сімейним законодавством України з урахуванням як формування статевої зрілості, так і психічного, інтелектуального та соціального розвитку людини.

Дисертант пропонує включити до ст. 155 КК України норму, згідно з якою не може вважатись добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку (с. 188). Як відомо, у кримінальних кодексах багатьох держав особливим видом безпорадного стану визнається конкретний малолітній вік потерпілої особи. Незалежно від застосування насильства і погроз статевий акт чи інші сексуальні дії з дитиною певного віку, визначеного законом, визнаються зґвалтуванням або іншим насильницьким статевим злочином. Необхідність включення до КК України подібного припису впливає з приєднання нашої держави до згаданої вище Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення, ст. 18 якої містить адресовану країнам – учасникам Конвенції вимогу визначити вік, до досягнення якого заборонено залучати дітей до діяльності сексуального характеру. Звичайно, наведену пропозицію С.В. Чмута та аргументацію на її користь можна сприймати чи ні. Наприклад, один із провідних російських фахівців у галузі судової сексології, професор кафедри криміналістики Московського університету МВС РФ Г.Б. Дерягін, констатує передчасний психосексуальний розвиток сьогоденних підлітків, стверджує, що наразі хіба що дитина дошкільного віку є однозначно безпорадною перед злочинцем; в інших випадках необхідно призначати комплексну психолого-психіатричну експертизу. Однак у будь-якому разі заслуга С.В. Чмута полягає в тому, що він привертає увагу фахівців до надзвичайно складної, зумовленої комплексом культурних, релігійних, етичних, медичних, соціальних і політичних факторів проблеми так званого віку згоди або, інакше кажучи, віку як індикатора безпорадного стану особи.

Переконливою вважаю аргументацію, наведену дисертантом на користь відмови від безплідності як кваліфікуючої ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (с. 157–159, 183). Справді, безплідність за ознакою втрати репродуктивної функції охоплюється поняттям тяжких тілесних ушкоджень; статеві розлади у потерпілих від злочину, передбаченого ст. 155 КК, як правило, не носять незворотний характер і не впливають на подальше формування дітородних органів дівчат та хлопців. Некоректність законодавчого закріплення безплідності як кваліфікуючої ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, вбачається і в тому, що безплідність особи як така може бути встановлена судово-медичною експертизою лише щодо того, хто досягнув статевої зрілості; тобто вказівка в ч. 2 ст. 155 КК на безплідність, за загальним правилом, суперечить процесуальній здійсненості кримінального переслідування як одному з чинників криміналізації.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: підвищену суспільну небезпеку педофільного інцесту; велику латентність статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості; неповноту вжитих Україною заходів, які уособлює Закон від 25 вересня 2008 р. «Про внесення змін до статей 155 та 156 Кримінального кодексу України щодо відповідальності за розбещення неповнолітніх», міжнародно-правовим стандартам у вигляді Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення від 25 жовтня 2007 р.; фіктивність згоди малолітніх дітей на статеві зносини; безпідставність визнання укладу статевих зносин родовим об'єктом злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини КК України; самостійний характер (неперехресуваність) понять статевої свободи та

статевої недоторканості особи; нормальний розвиток особи як додатковий об'єкт злочину, передбаченого ст. 155 КК, а не як складову основного об'єкта цього злочину; безпідставність включення до поняття статевої зрілості соціальних ознак на кшталт до виконання функцій материнства, спроможності виховувати дитину тощо; доцільність диференціації кримінальної відповідальності за аналізований злочин залежно від віку потерпілого; необхідність внесення ясності з питання, що слід розуміти під статевими зносинами з точки зору кваліфікації за ст. 155 КК, на законодавчому рівні; можливість кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 155 і ст. 154 КК; безпідставність перетворення основного складу злочину «статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості» із формального у матеріальний; доцільність підвищення віку суб'єкта статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, до 18 років; включення вагітності особи у число кваліфікуючих ознак статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості; вчинення злочину, передбаченого ст. 155 КК, з домінуванням сексуальних мотивів; недостатню ефективність покарання у виді обмеження волі, призначеного за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості; доцільність надання суду права позбавляти осіб батьківських прав за вчинення ними педофільного інцесту; виправданість врахування малолітнього віку потерпілої особи як обтяжуючої обставини при призначенні покарання за злочин, передбачений ст. 155 КК.

Зауваження.

1. Дисертант пропонує уточнити роз'яснення, наведені в п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України в постанові від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи». Пропонується, зокрема, зазначити таке: «Малолітні особи, які не досягли одинадцятирічного віку, не можуть бути потерпілими від статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, у зв'язку з їх безпорадним станом ... Будь-які статеві зносини природним або неприродним способом з цими особами належить кваліфікувати за наявності інших ознак складу злочину за ч. 4 ст. 152 або ч. 3 ст. 153 КК» (с. 188). Із викладеною позицією здобувача погодитись складно і, звичайно, зовсім не через те, що з урахуванням законодавчих змін про судоустрій рекомендаційні роз'яснення з питань застосування кримінального законодавства має давати Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а не Верховний Суд України. Визначення конкретного віку малолітньої особи, згода якої на статеві зносини з нею вважатиметься фікцією, – виключна компетенція законодавця, а не органу, уповноваженого здійснювати судове тлумачення положень кримінального закону. З точки зору чинного КК України юридична оцінка статевих зносин з малолітньою особою за умови її згоди на це залежить від того, чи усвідомлювала вона характер і значення вчинюваних з нею дій. Питання про наявність або відсутність зумовленого віком особи безпорадного стану та кваліфікацію дій винуватого, відповідно, за ст. 152, ст. 153, ст. 155 або ст. 156 КК необхідно вирішувати в кожному конкретному випадку з урахуванням індивідуальних особливостей розвитку і виховання малолітньої особи, ступеня її обізнаності та інформованості у питаннях статевого життя. Ініціювання положення про запровадження конкретного «віку згоди» за умов лібералізації статевої моралі і різкого падіння вікових меж початку статевого життя – поза всяким сумнівом, корисний крок, однак саме і тільки в аспекті вдосконалення кримінального закону, а не його тлумачення.

2. Висловлювання дисертанта щодо змісту вжитого в тексті ст. 155 КК України поняття «статеві зносини» видаються не зовсім послідовними. На одних сторінках дисертації (с. 73, 95) її автор, у тому числі погоджуючись з М.І. Бажановим, пише, що каране за ст. 156 КК розбещення неповнолітніх означає виключно інформаційний вплив на потерпілого і не може полягати в неприродних (екстравагантних) статевих зносинах з особою, яка не досягла статевої зрілості. Виходить, що вказані зносини на сьогодні охоплюються диспозицією ст. 155 КК. Однак на практиці, як констатує здобувач, суди всупереч його позиції здебільшого кваліфікують неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, за ст. 156 КК як розбещення неповнолітніх (с. 97). Сам дисертант наполягає на внесенні таких змін до ст. 155 КК, які б уможливили її інкримінування у випадках як природних, так і неприродних статевих зносинах з відповідною потерпілою особою (с. 60–61, С. 94, 97 та ін.).

Здобувач висловлюється за те, щоб замінити в ст. 155 КК неоднозначно витлумачене теоретиками і практикаками поняття «статеві зносини» зворотом «статевий акт у природній або неприродній формі» (с. 114, 186, 187). Прагнення дослідника конкретизувати описання злочинного діяння і на законодавчому рівні внести ясність із розглядуваного питання, чітко розмежувавши склади злочинів, передбачених ст. 155 і ст. 156 КК, заслуговує на підтримку. Разом з тим пропонування С.В. Чмутом термінологія навряд чи може бути сприйнята однозначно. Річ у тім, що традиційна для нашого кримінального законодавства вказівка на «неприродність» статевих зносин є невдалою: вона не несе змістовного навантаження (біологічні форми, за допомогою яких відбувається сексуальне спілкування між людьми, – їх особиста справа, якщо ці форми не зачіпають соціальний бік статевих стосунків) і виглядає явним анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології. Тут доречно нагадати, що основоположник сексопатології німецький психіатр р. Крафт-Ебінг називав збоченнями ті прояви статевого потягу, які не слугують продовженню роду людського. Отже, пропонуючи ті чи інші формулювання ознак статевих злочинів, варто уникати термінів, які є не лише розпливчастими, а і, так би мовити, морально застарілими.

3. Дисертант заперечує віднесення до інших тяжких наслідків як кваліфікуючої ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, тяжких тілесних ушкоджень, які визнаються такими за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння. Дискутуючи з цього приводу з О.М. Ігнатовим, М.Д. Шаргородським, П.П. Осиповим, здобувач зазначає, що «поставлення в небезпеку спричинення шкоди здоров'ю потерпілої особи не свідчить про заподіяння «інших тяжких наслідків» (с. 165). Передусім зауважу, що точка зору, з прибічниками якої вступає в дискусію С.В. Чмут, висловлюється та аргументується не лише згаданими радянськими і російськими вченими, а і сучасними українськими дослідниками – Н.О. Антонюк, В.О. Навроцьким, О.О. Дудоровим, про яких здобувач у цьому контексті чомусь не згадує.

Обстоювану дисертантом позицію вважаю дискусійною з огляду на те, що КК України не встановлює диференційовану відповідальність за різновиди тяжкого тілесного ушкодження. Тяжке тілесне ушкодження, віднесене до такого за ознакою небезпечності для життя в момент заподіяння, не є злочином із формальним складом, має однаковий ступінь суспільної небезпеки з тяжким тілесним ушкодженням, віднесеним до такого за ознакою настання певних несприятливих для здоров'я людини наслідків, а тому його заподіяння повинне розглядатися як прояв тяжких наслідків того чи іншого статевого злочину. Хотів би звернути увагу і на те, що згідно зі ст. 121 КК будь-яка психічна хвороба є тяжким тілесним ушкодженням. У зв'язку з цим вважаю недоречною окрему вказівку на психічну хворобу (поряд із тяжким тілесним ушкодженням) як на різновид інших тяжких наслідків статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (с. 11, 186).

4. Дисертант висловлюється за те, щоб безпосередньо в диспозиції ч. 1 ст. 155 КК закріпити добровільність статевих зносин із відповідною особою (с. 104, 187). На перший погляд, такий підхід, який має на меті підкреслити ненасильницький характер досліджуваного злочину, видається цілком логічним і не може викликати заперечень. І все ж ця пропозиція здобувача наводить на деякі міркування. За загальним правилом, склад злочину, описаного у ст. 155 КК, передбачає згоду потерпілого на вчинення статевого акту з ним. Однак у тому разі, коли статевим зносином з особою, яка не досягла статевої зрілості, передувало примушування жінки або чоловіка до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК), статевий акт у плані відповідальності за ст. 155 КК носить вже недобровільний характер. У такому разі дії винуватого потребують кваліфікації за сукупністю вказаних злочинів, з чим, до речі, погоджується і дисертант (с. 103–104). Отже, маємо справу із винятком із загального правила про добровільний характер статевих зносин із статевонезрілою особою, і цей виняток пропонує здобувач редакція ст. 155 КК не враховує. Сумніваюсь, однак, що це один такий виняток. Зокрема, чи є підстави говорити про добровільну згоду на статеві зносини, отриману від статевонезрілої особи шляхом обману, при тому, що останній не є способом зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом? На сьогодні, як слушно зазначає дисертант, «під ознаки статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, підпадає будь-яке статеве зношення з особою, коли відсутні ознаки зґвалтування» (с. 99). Але ж відсутність у вчиненому ознак зґвалтування далеко не завжди означає, що статеві зносини носили добровільний характер. Таким чином, потребує з'ясування питання, чи не потягне за собою закріплення в ст. 155 КК України добровільного характеру статевих зносин невинуватого звуження сфери застосування цієї кримінально-правової заборони.

5. Вимагають певного уточнення і розвитку міркування дисертанта щодо повторності статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості. Здобувач називає неправильно позицію тих судів, які визнавали повторність обставиною, що обтяжує покарання за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, оскільки чинна редакція ст. 155 КК передбачає відповідальність як за одиничний статевий акт, так і за повторні, систематичні, такі, що тривають певний проміжок часу, статеві зносини (с. 180). Дисертант правий, однак кількість статевих актів із статевонезрілою особою, час, протягом якого мали місце відповідні зносини, все ж повинні впливати на обрання винному конкретної міри покарання – у порядку застосування п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, згідно з яким покарання призначається у тому числі з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину. У п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» прямо вказується на те, що при визначенні ступеня тяжкості конкретного злочину треба брати до уваги, зокрема, кількість епізодів злочинної діяльності.

Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, можуть тривати певний проміжок часу (як встановив дисертант за результатами вивчення кримінальних справ це може бути і один місяць, і три місяці, і період понад три місяці), інколи набувають вигляду фактичного шлюбу. За таких обставин автору не завадило б поглянути на досліджуване ним кримінально каране діяння під кутом вчення про продовжуваний злочин. Тим більше, що в разі прийняття законодавцем пропозиції С.В. Чмута доповнити ст. 155 КК новою кваліфікуючою ознакою (вчинення передбаченого цією статтею злочину повторно) на практиці неминуче виникатимуть труднощі, пов'язані з відмежуванням продовжуваних статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, як одиничного злочину, коли винуватий діє з єдиним, але неконкретизованим злочином, від статевих зносин із статевонезрілою особою, вчинених повторно, як прояву множинності злочинів.

Дисертант некритично відтворює роз'яснення, наведене в п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України у постанові від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи

та статевої недоторканості особи», відповідно до якого повторність як кваліфікуюча ознака певних статевих злочинів відсутня і тоді, коли на момент вчинення нового злочину минули строки давності за раніше вчинений злочин (с. 111). Буквальне тлумачення ч. 4 ст. 32 і ч. 1 ст. 33 чинного КК України не дозволяє погодитись із таким підходом, який не враховує здійснене в КК України 2001 р. уточнення юридичної природи кримінально-правового інституту давності. На сьогодні повторність і сукупність можуть утворювати і ті злочини, стосовно яких сплили строки давності, але за вчинення яких особа від кримінальної відповідальності судом не звільнялась. Інша річ, що вдосконалений кримінальний закон має передбачати, що сплив строку давності, усуваючи юридичну значущість раніше вчиненого злочину, унеможливорює визнання останнього елементом множинності злочинів.

6. Робота лише виграла, якби її автор виклав свій погляд на внесені у 2009 р. народними депутатами України В.Л. Сівковичем та Ю.А. Кармазіним законопроекти щодо протидії злочинам проти статевої свободи і статевої недоторканості неповнолітніх, якими пропонувалось запровадити такий примусовий захід, як хімічна (фармакологічна) кастрація осіб, які вчинили у тому числі статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості. Тим більше, що в своїй роботі С.В. Чмут розглядає питання про запровадження відмінних від покарань правообмежувальних заходів щодо осіб, які вчинили педофільний інцест (с. 174–175). Згадані законопроекти, хоч і набули свого часу значного суспільного резонансу, були піддані жорсткій і загалом обґрунтованій критиці Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України та іншими експертами. Разом з тим, вочевидь, немає підстав вважати цю тему закритою. Цілком очевидно, що положення про застосування хімічної кастрації щодо осіб, які вчинили злочини проти статевої свободи і статевої недоторканості особи, можуть бути включені у вітчизняне законодавство лише після ретельного вивчення досвіду тих зарубіжних країн, в яких практикується такий примусовий захід і законодавець яких не вважає його застосування порушенням ст. 3 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, згідно з якою ніхто не повинен піддаватись нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ П.В. ОЛІЙНИКА «ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ: ПОНЯТТЯ, ВИДИ, КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ»¹

Аксіоматичним є положення про те, що благополуччя громадян та економічна стабільність у суспільстві значною мірою залежать від захищеності власності. Значущість власності як економічної основи розвитку суспільства і показника добробуту його членів підтверджується закріпленням права власності як основоположним міжнародно-правовим документом з питань прав і свобод людини і громадянина – Загальною декларацією прав людини (ст. 17), так і Конституцією України (ст. 41). Важливою гарантією реалізації конституційного права володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю виступає передбачена КК України кримінальна відповідальність за злочини проти власності. У сучасних умовах кримінально карані посягання на власність залишаються одними з найбільш поширених злочинів, що підтвердило й узагальнення судової практики, проведене Верховним Судом України в порядку підготовки постанови Пленуму від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності». Відразу хотів зазначити, що наведені в цій постанові роз'яснення стосовно предмета злочинів проти власності є занадто стислими, фрагментарними, а тому навряд чи спроможні у повному обсязі задовольнити потреби правозастосовної практики.

Проблематика кримінально-правової охорони власності, будучи традиційною для юридичної науки, досліджується протягом століть. Це, звичайно, не означає, що всі дискусійні питання, важливі з погляду законотворчості і правозастосування, вирішені остаточно та однозначно. Після здобуття Україною незалежності вітчизняна доктрина на дисертаційному рівні неодноразово зверталась до проблем кримінальної відповідальності за злочини проти власності, однак спеціального дослідження, в якому предмет цих злочинів розкривався б докладно і всебічно, у тому числі із залученням напрацювань цивілістики, використанням історично-правового і порівняльно-правового методів, в Україні не проводилось. Необхідність вивчення злочинів проти власності саме під кутом з'ясування їх предмета зумовлена існуванням низки питань, які не дістали однозначного вирішення в кримінально-правовій науці та які суперечливо вирішуються на практиці. Серед цих питань виокремлюю, зокрема, такі: можливість вчинення крадіжки, грабежу і розбою щодо нерухомого майна; кримінально-правова оцінка незаконного заволодіння безготівковими коштами, цінними паперами різних видів і предметами, вилученим із цивільно-правового обороту; належність розбою до «безпредметних» злочинів; можливість віднесення об'єктів інтелектуальної власності та інформації до числа предметів злочинів проти власності; відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля за умов, коли внаслідок залучення природних ресурсів у цивільно-правовий оборот критерій «уречевленої праці людини» не може вважатись єдиним і самодостатнім; кваліфікація так званих сімейних крадіжок та оптимальні межі кримінально-правової репресії щодо незаконних посягань на майно, яке перебуває у спільній власності.

Каменем спотикання стала для вітчизняних науковців електрична енергія, стосовно майнового характеру якої тривають дискусії. Як відомо, ствердна відповідь законодавця на дискусійне в кримінально-правовій науці питання «Чи можна вкрати електроенергію?», набувши вигляду доповнення КК України статтею 188-1 «Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання», негативно сприйнята частиною дослідників, які називають таку законодавчу новелу зайвою, кон'юктурною, безграмотною з точки зору права і природничих наук, такою, що вносить плутанину в усталену систему заборон на вчинення злочинних посягань на власність. З погляду розкриття об'єкта злочинів проти власності потребує наукового осмислення і така законодавча новела, як запроваджена в 2007 р. кримінально-правова заборона на самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197-1 КК).

Оскільки поняття майна є за своєю юридичною природою міжгалузевим і при цьому однією з визначальних цивілістичних категорій, своєчасним є з'ясування співвідношення цивільно-правового і кримінально-правового розуміння майна, особливо в аспекті виправданості виділення таких відомих чинному КК України елементів, як право на майно і дії майнового характеру.

Відомо, що в сучасній кримінально-правовій доктрині України сформульовані і, так би мовити, співіснують різні концепції об'єкта злочину, не склався єдиний підхід до визначення предмета злочину, його місця в структурі складу злочину, по-різному тлумачиться ознака матеріальності предмета злочину тощо. Тому цілком логічно, що розділ 1 дисертації її автор присвячує тому, щоб визначити власну позицію із вказаних фундаментальних, вихідних питань, а далі (розділи 2 і 3) докладно висвітлює типологію предметів злочинів проти власності і співвідношення цих злочинів і суміжних кримінально караних діянь.

Наукова новизна дисертації П.В. Олійника полягає в тому, що ця робота є першим в Україні окремим монографічним дослідженням, присвяченим предмету злочинів проти власності. У дисертації сформульоване авторське визначення предмета злочинів проти власності, запропонована оригінальна типологія предметів

¹ Захист відбувся 17 січня 2011 р. у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого.

таких злочинів, узагальнюються та переосмислюються вироблені наукою і правозастосовною практикою підходи щодо кваліфікації злочинів проти власності з урахуванням їх предмета, у тому числі щодо відмежування вказаних злочинів від суміжних складів злочинів.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: визнання предметом викрадення чужого майна тих видів нерухомості, які фізично можуть переміщуватись у просторі; належність електричної і теплової енергії, а також безготівкових коштів до предметів злочинів проти власності; можливість кваліфікації заволодіння власником належного йому майна як шахрайства або готування до нього; диференціацію кримінально-правової оцінки протиправного вилучення предметів, які вилучені з цивільно-правового обороту або обмежені у ньому; необхідність виділення додаткових (спеціальних) ознак, які уточнюють (конкретизують) предмет злочинів проти власності; перспективність використання конструкції «розкрадання чужого майна» в наукових дослідженнях; можливість інкримінування ст. 356 КК «Самоправство» у випадках вчинення протиправних діянь щодо майна, яке перебуває у спільній власності; кваліфікацію викрадення банківської картки як готування до відповідного злочину проти власності; залежність кваліфікації незаконного заволодіння документами від того, чи є ці документи еквівалентом вартості; доречність застосування норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК) у деяких випадках викрадення чужого майна на суму, що перевищує 0,2 НМДГ; важливість закріпленого цивільним законодавством поділу речей на види для кваліфікації викрадення чужого майна; необхідність врахування при розмежуванні злочинів проти власності і злочинів проти довкілля не лише предмета, а й об'єкта кримінально караних діянь, а також умислу винуватої особи; залежність визнання цінних паперів предметом корисливих злочинів проти власності від їх виду, способу передачі та оборотоздатності; підпорядкований характер відносин власності при злочинних посяганнях щодо загально-небезпечних і шкідливих предметів і можливість вчинення таких посягань із будь-яких (а не обов'язково корисливих) спонукань; відносини власності як додатковий факультативний об'єкт злочину, передбаченого ст. 388 КК; безпідставність визнання людини предметом злочинів проти власності.

Інтерес викликає авторське визначення предмета злочинів проти власності як родового поняття, яке є підстави визнати квінтесенцією проведеного дослідження, а так само висунута П.В. Олійником класифікація злочинів проти власності, розробленню якої доречно передувало з'ясування проблеми типології об'єктів у філософії і стану дослідження проблеми класифікації предметів злочинів у кримінальному праві. Рецензована дисертація, не дивлячись на відображення в ній традиційної і розробленої в радянський період концепції злочинів проти власності, цілком може започаткувати наукові розвідки в напрямі розроблення концепції майнових злочинів. Останнім часом про доречність такої, зумовленої реаліями ринкової економіки зміни пріоритетів кримінально-правової охорони цікаво й змістовно пишуть, зокрема, російський науковець І.А. Клепицький і білоруський дослідник В.В. Хилjuta.

Зауваження.

1. І родовий, і безпосередній об'єкти злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК України, дисертант пов'язує винятково з відносинами власності і правом власності (с. 22–37). У зв'язку з доповненням КК України статтею 197-1 «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» і визнанням потерпілим від злочину, передбаченого цією статтею, не лише власника, а і законного володільця земельної ділянки позиція, яку послідовно обстоює здобувач, потребує уточнення. Зокрема, глава 30 ЦК України виокремлює такі відмінні від права власності (останньому присвячені глави 23–29 ЦК) види речових прав на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій). До того ж право користування чужим майном (це стосується і земельних ділянок, щодо яких здійснюється їх самовільне зайняття) може виникати на підставі договорів, які породжують зобов'язальні правовідносини. Наприклад, не речовими, а зобов'язальними є врегульовані ЦК, ЗК України і спеціальними законодавчими актами відносини оренди і концесії земельних ділянок. Оскільки коло відносин, охоронюваних нормами, об'єднаними в розділ VI Особливої частини КК України, фактично не вичерпується відносинами власності, при визначенні родового об'єкта злочинів проти власності взагалі і безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, зокрема варто робити відповідні застереження. У сучасних умовах, вочевидь, постає питання і про уточнення назви розділу VI Особливої частини КК України.

2. Навряд чи можуть бути сприйняті однозначно міркування дисертанта щодо виокремлення об'єктів (явищ), прирівняних до майна, до яких П.В. Олійник відносить земельні ділянки, електричну і теплову енергію та паливний газ (с. 8, 77, 137, 140, 191). Так, потребує пояснень віднесення до вказаних об'єктів, а не до майна земельних ділянок. Адже ст. 181 ЦК України прямо вказує на те, що земельні ділянки є нерухомими речами (нерухомим майном, нерухомістю). Із висловлювань дисертанта про те, що нерухоме майно є, зокрема, предметом злочину, передбаченого ст. 197-1 КК (с. 10, 84, 91), однозначно випливає, що здобувач також визнає земельну ділянку майном. Водночас на С. 110 роботи земельну ділянку як предмет злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, дисертант називає предметом, прирівняним до майна. Позицію здобувача з позначеного питання бажано уточнити під час захисту.

П.В. Олійник погоджується зі своїм науковим керівником у тому, що, незважаючи на відсутність вказівки в ст. 188-1 КК на паливний газ, останній є предметом злочину, передбаченого цією статтею (с. 114). На мій погляд, газ, тобто суміш вуглеводів і неуглеводних компонентів, що за стандартних умов тиску і температури перебуває в газоподібному стані, є різновидом майна, протиправне заволодіння яким на сьогодні (залежно від способу злочинного посягання) повинне розцінюватись, наприклад, як крадіжка (ст. 185 КК), грабіж (ст. 186 КК) чи шахрайство (ст. 190 КК). Тут не буде зайвим нагадати, що в юридичній літературі свого часу було обґрунтовано положення про те, що газ як енергоносіє, який може перетворюватись у теплову або електричну енергію, має речово-предметні характеристики (див.: Бойко А.И., Костанов Ю.А. Уголовно-правовая квалификация незаконного пользования электроэнергией // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 4. – М., 1985. – С. 38–43). Інша справа, що П.В. Олійник досить переконливо показує спільність ознак (насамперед фізичної), притаманних, з одного боку, паливному газу, та, з іншого, електричній і тепловій енергії, що дозволяє йому в аспекті вдосконалення КК України висунути конструктивну пропозицію про уніфікацію умов притягнення до кримінальної відповідальності за злочинні посягання на вказані види енергії та паливний газ (с. 10, 114, 116, 140–141).

Із сумлінного викладу здобувачем різних точок зору стосовно фізичної і правової природи електричної і теплової енергії (с. 111–116) для мене особисто так і залишилось не зрозумілим те, чому різні види енергії, підвладні людині, не можуть визнаватись речами в значенні цього поняття, закріпленому в ст. 179 ЦК України, а отже, майном.

3. За винятком вказівки на газ як новий предмет злочину, запропонована дисертантом редакція ч. 1 ст. 188-1 КК (с. 116–117, 141, 192) не відрізняється від чинної редакції цієї кримінально-правової норми. Таким чином, П.В. Олійник залишив поза своєю увагою серйозну кримінально-правову проблему, пов'язану із встановленням суспільно небезпечних наслідків як ознаки основного та кваліфікованого складів злочину, передбаченого ст. 188-1 КК, у випадку незаконного споживання електроенергії. Йдеться про те, що визначені за допомогою відомчого нормативного акта (затвердженої Національною комісією регулювання електроенергетики України (далі – НКРЕ) Методики визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією) параметри є приблизними, орієнтовними, такими, що не мають належного ступеню достовірності. Шкода, фактично завдана злочинним викраденням електричної енергії, і розмір збитків, нарахованих за Методикою НКРЕ, – це далеко не завжди одне і теж. З огляду на презумпцію невинуватості звернення до Методики НКРЕ при притягненні особи до кримінальної відповідальності за ст. 188-1 КК неминує породжувати питання про конституційність такого обвинувачення, яке, як відомо, не може ґрунтуватись на припущеннях. Крім цього, усталеним у кримінальному праві є положення про те, що суспільно небезпечні наслідки як ознака складу конкретного злочину мають піддаватись більш-менш точному встановленню в порядку, визначеному КПК. Врахування процесуальної здійсненності кримінального переслідування як одного з чинників криміналізації наводить на думку про доцільність заміни в ст. 188-1 КК (принаймні в частині реагування на незаконне споживання електроенергії) значної (великої) шкоди іншою криміноутворюючою ознакою.

Здобувач висловлюється за збереження вказівки в ст. 188-1 КК на викрадення енергії при тому, що його попередники, які досліджували на дисертаційному рівні склад передбаченого цією статтею злочину, обґрунтовували некоректність законодавчого вживання терміну «викрадення» для позначення суті такого злочинного діяння, як незаконне використання (споживання) електричної або теплової енергії (див.: Чумаченко Т.А. Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ст. 188-1 КК України): кримінально-правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 8, 70, 73, 202; Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії: дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 8–9, С. 84–86). За таких обставин П.В. Олійник повинен був спростувати цю наукову позицію. Взагалі висуненню здобувачем авторської редакції ч. 1 ст. 188-1 КК мав би передувати критичний аналіз пропозицій вказаних дослідників, спрямованих на вдосконалення цієї кримінально-правової заборони.

4. Розглядаючи проблему впливу зміни розміру НМДГ на кримінальну відповідальність за злочини проти власності, дисертант стверджує, що розмір такого мінімуму визначається в інших (некримінально-правових) законах і підзаконних нормативно-правових актах, а також називає приписи, наведені в примітці ст. 185 КК, бланкетними. Це, на думку здобувача, вимагає їх врахування при кваліфікації відповідних злочинів і при вирішенні питання про зворотну дію кримінального закону в часі, що передбачено ст. 5 КК (с. 157–159, 186). Передусім хотів би зауважити, що з урахуванням Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», а наразі Податкового кодексу України, розмір НМДГ не визначається підзаконними актами. Це, до речі, формальна причина того, чому на відоме рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р., на мій погляд, можна не зважати: згаданий суд вирішував питання про зворотну дію кримінального закону в часі щодо абзаців другого і третього примітки до ст. 81 КК 1960 р., а в них, на відміну від примітки до ст. 185 чинного КК, фігурував не визначений законом НМДГ, а встановлений, як правило, підзаконними актами (постановами Кабінету Міністрів України) мінімальний розмір заробітної плати. Також я б не став, як це робить дисертант, посилаючись у випадку зміни розміру НМДГ на ст. 5 КК України. Річ у тім, що ті нормативні акти регулятивного

законодавства, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, незважаючи на їх вагомий вплив на окреслення меж злочинної поведінки, не можуть визнаватись законами про кримінальну відповідальність, як цього вимагає ст. 5 КК, присвячена зворотній дії закону в часі. Вказане стосується і законів України (як правило, це закони про Державний бюджет України на відповідний рік), якими на сьогодні встановлюються розміри і мінімальної заробітної плати, і прожиткового мінімуму для працездатної особи (з останньою величиною ст. 169 розділу IV і п. 5 підрозділу 1 розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України пов'язують розмір НМДГ як показника, що використовується для потреб кваліфікації злочинів та інших правопорушень). Мені імponує ідея надавати зворотню силу іншогогалузовим джерелам права, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, якщо це призводить до скасування чи пом'якшення кримінальної відповідальності, а не вбачати в такій ситуації регламентовану ст. 48 КК України зміну обстановки. Щоправда, на відміну від здобувача, я пов'язую реалізацію цієї ідеї не зі ст. 5 КК (причина вказана вище), а з положенням про опосередковану декриміналізацію, що ґрунтується на ч. 1 ст. 58 Конституції України, якою передбачено зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

5. Дисертант характеризує закріплення в ст. 51 КпАП розміру дрібного викрадення чужого майна як паліатив, не спроможний у повному обсязі виконати завдання кримінального законодавства, і натомість пропонує в примітці ст. 185 КК встановити вартість викраденого майна як величину, необхідну і достатню для притягнення до кримінальної відповідальності за корисливі злочини проти власності (за винятком грабежу, розбою і вимагання), на рівні 0,2 НМДГ (с. 8–9, 161, 197). Дозволю собі не погодитись з викладеними міркуваннями здобувача. Посилання при застосуванні відповідних норм КК на КпАП, ст. 51 якого містить визначення дрібного викрадення чужого майна, є проявом звичного для кримінального права України запозичення іншогогалузового нормативного матеріалу. Залишається, щоправда, відкритим питання, чим конкретно є таке посилання – «прихованою» бланкетністю або субсидіарним застосуванням правових норм. При цьому, на моє переконання, не принципово, в якому кодексі – КК чи КпАП – закріплено критерій розмежування злочинних та адміністративно караних посягань на власність. Важливим (принциповим) є зовсім інше – яким за розміром і формою вираження має бути цей критерій. Інакше кажучи, чому саме 0,2 і чому саме НМДГ фігурує в ч. 3 ст. 51 КпАП, і в примітці ст. 185 КК в редакції, пропонованій здобувачем?

Навряд чи може бути визнаний задовільним існуючий стан речей, правильність якого не ставиться П.В. Олійником під сумнів і за якого розмір НМДГ як одиниці, необхідної для кваліфікації злочинів та інших правопорушень, визначається на підставі положень не кримінального, а податкового і бюджетного законодавства. Використання для потреб кваліфікації злочинів НМДГ на рівні податкової соціальної пільги – прожиткового мінімуму для працездатної особи призводить до соціально необґрунтованої декриміналізації діянь і до того, що інші діяння кваліфікуються як менш серйозні злочини, до посилення розриву (дисбалансу) між суспільною небезпекою вчинених злочинів (у тому числі величиною заподіяної шкоди, необхідної для кваліфікації вчиненого як злочину – основного і кваліфікованого складів) і розміром штрафів як покарань, які мають призначатись за вчинення цих злочинів. Отже, пропозиція П.В. Олійника вказати в примітці ст. 185 КК на 0,2 НМДГ як на критерій розмежування окремих злочинів проти власності і відповідних адміністративно караних проступків також при бажанні може розцінюватись як паліатив – напівзахід, малодійовий захід, який лише частково або тимчасово забезпечує вихід із скрутного становища.

6. Окремі міркування дисертанта не відзначаються послідовністю або видаються некоректними. Так, в авторському визначенні предмета злочину (с. 9, 47) фізична ознака цього предмета зводиться до спроможності фіксувати його спеціальними технічними засобами. Водночас дисертант погоджується з Є.В. Лашуком у тому, що під фізичною ознакою предмета злочину треба розуміти можливість сприйняття людиною тих чи інших матеріальних утворень за допомогою органів чуття або фіксування цих утворень спеціальними технічними засобами (с. 53). На інших сторінках роботи (зокрема, с. 46, 63, 136, 191) здобувач слушно зазначає, що об'єкти матеріального світу як предмети злочинів проти власності доступні для сприйняття ззовні, у тому числі шляхом фіксації спеціальними технічними засобами.

П.В. Олійник стверджує, що «майнова шкода, як суспільно небезпечні наслідки злочинів проти власності, визнається у всіх її суттєвих рисах предметом указаних злочинів» (с. 8). Цілком очевидно, що наведене висловлювання не виправдано ототожнює різні і самостійні (не дивлячись на їх взаємозв'язок) ознаки такої конструкції, як склад злочину. Належність суспільно небезпечних наслідків до відмінного від предмета злочину елемента складу злочину – його об'єктивної сторони підтверджує і дисертант, правильно вказуючи на те, що предмет злочину проти власності нерозривно пов'язаний з такою ознакою об'єктивної сторони, як суспільно небезпечні наслідки (с. 151).

На думку здобувача, інші, крім вартості майна, показники – матеріальне становище потерпілого, натуральні якості майна, його значущість для власника тощо не можуть виступати критеріями визнання того чи іншого розміру шкоди (с. 8). З огляду на ч. 2 примітки ст. 185 КК, згідно з яким наявність значної шкоди як

кваліфікуючої ознаки деяких корисливих злочинів проти власності пов'язується у тому числі з матеріальним становищем потерпілого, більш правильно вести мову про те, що відмінні від вартості майна показники не повинні (в аспекті вдосконалення КК) братись до уваги при визначенні розміру суспільно небезпечних наслідків злочинів проти власності. Тим більше, що дисертант ініціює внесення таких змін до ст. ст. 185, 186, 189, 190 КК України, які полягають у відмові від врахування (при кваліфікації передбачених цими нормами злочинів) матеріального становища потерпілого. Принагідно хотів би зауважити, що раніше подібну пропозицію, а саме замінити в деяких нормах чинного КК про відповідальність за злочини проти власності вказівку на завдання значної шкоди потерпілому формулюванням «вчинення злочину у значних розмірах», висувала та обґрунтовувала у своїй дисертації О.В. Ільїна (див.: Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 4, 10–11, 14). Прізвище цієї дослідниці, як і прізвище Ю.В. Кириченка, на жаль, не згадується П.В. Олійником у переліку тих вітчизняних авторів, які останніми роками на монографічному рівні займались вивченням проблематики кримінально-правової охорони власності, хоч дисертацію О.В. Ільїної здобувач опрацював.

Положення про те, що показники майнової шкоди підлягають складанню для встановлення її остаточного розміру лише в межах продовжуваного злочину проти власності (с. 8), є достатньо усталеним у нашому кримінальному праві (достатньо сказати, що відповідне роз'яснення міститься в абз. 5 п. 27 згаданої постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»). У зв'язку з цим вказаній тезі – явно не місце серед тих положень наукової новизни, щодо яких здобувач претендує на першість. Положення про притаманне продовжуваному злочину підсумовування кількісних показників, які характеризують суспільно небезпечні наслідки, набуло в дисертації П.В. Олійника, зокрема, за рахунок ведення дискусії з А.О. Пінаєвим з цього приводу (с. 164–165), подальшого розвитку.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ В.М. РУФАНОВОЇ «КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ЗАПОБІГАННЯ ОРГАНАМИ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З НЕЗАКОННИМ ВИКОРИСТАННЯМ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ»¹

Значущість бюджетної системи як об'єкта кримінально-правової охорони зумовлена тим, що в сучасних умовах бюджет сприймається не просто як фінансовий план держави чи конкретної адміністративно-територіальної одиниці. Бюджет сьогодні – це основний інструмент, який найбільш повно характеризує параметри економіки (структуру доходів і витрат, динаміку макроекономічних показників тощо), визначає стан соціальної захищеності населення, дає змогу визначити концептуальні засади розвитку економіки та її складових. Кожен платник податків, кожен громадянин України вправі розраховувати на те, що сплачені ним податки і збори використовуватимуться державою за належним призначенням, ефективно, раціонально, розумно, а випадки розтринькування бюджетних коштів будуть тягнути сувору відповідальність винних чиновників перед законом. На жаль, ці сподівання пересічного українця здебільшого не виправдовуються, позаяк про ефективність кримінально-правової охорони бюджетної системи говорити поки що не доводиться. З одного боку, динаміка фінансових порушень під час проведення операцій з бюджетними коштами свідчить про істотне збільшення втрат держави від цих злочинних діянь; з іншого, кількість осіб, засуджених за ст. 210 і ст. 211 КК України – спеціальними кримінально-правовими заборонами, розрахованими саме на зловживання з бюджетними коштами, і кількість відповідних кримінальних справ, направлених до суду, є мізерною. Переважна більшість осіб, які все ж притягуються до кримінальної відповідальності за бюджетні злочини і кримінальні справи щодо яких доходять до суду, звільняються або від кримінальної відповідальності, або від відбування покарання.

Такий стан речей боротьби із злочинністю у бюджетній сфері, звичайно, потребує наукового осмислення в плані визначення шляхів зміни ситуації на краще. Склалося так, що в Україні відповідна проблематика в межах наукової спеціальності 12.00.08 на монографічному рівні вивчалась лише О.В. Тихоною (див.: Тихонова О.В. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.), дисертація якої є класичним кримінально-правовим дослідженням, позбавленим кримінологічної складової. Якісних кримінологічних робіт, присвячених вивченню злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, у тому числі в контексті спеціально-кримінологічного запобігання вчиненню цих злочинів, у нашій державі явно бракує.

Викладення ст. 210 і ст. 211 КК України в новій редакції, здійснене на підставі Закону України від 8 липня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України», неминуче ставить перед наукою і питання про те, наскільки ці законодавчі новели є вдалими, виваженими, яким насправді має бути обсяг криміналізації порушень бюджетного законодавства і чи не варто взагалі здійснювати кримінально-правову протидію вказаним порушенням за допомогою позбавлених казуїстичності норм КК України про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності і злочини проти власності.

Наукова новизна дисертації В.М. Руфанової визначається тим, що ні кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, ні теоретичні і прикладні проблеми запобігання вказаним злочинам органами внутрішніх справ ще не ставали в Україні предметом самостійного монографічного дослідження. Так, новаторським й оригінальним є послідовно обстоюваний дисертантом підхід щодо визначення поняття злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів (с. 9, 28, 104, 192), коло яких, так би мовити, всупереч «букві» кримінального закону В.М. Руфанова цілком обґрунтовано (у тому числі із залученням вчення про об'єкт злочину) не обмежує діяннями, передбаченими ст. 210 і ст. 211 КК України. Докладно з'ясувавши співвідношення понять «злочини, які вчиняються у бюджетній сфері», «злочини, які пов'язані з порушенням бюджетного законодавства» і «злочини, які посягають на бюджетні відносини», дисертант переконливо довела, що, по-перше, ці поняття є підстави вважати тотожними і, по-друге, поняття злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, є вужчим, ніж зазначені поняття і співвідносяться з ними як частина і ціле (с. 11, 21–32, 193).

Сприймаються з цікавістю положення дисертації, присвячені: з'ясуванню детермінант злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів; розкриттю кримінологічної характеристики осіб, які вчиняють такі злочини; напрямам здійснюваного ОВС спеціально-кримінологічного запобігання злочинам, пов'язаним із незаконним використанням бюджетних коштів. З урахуванням соціально-рольової компетенції осіб, які вчиняють злочини, пов'язані з незаконним використанням бюджетних коштів, В.М. Руфанова пропонує виділяти три групи таких осіб: 1) особи, які, будучи представниками держави, наділені повноваженнями щодо ефективного управління бюджетними коштами; 2) особи, які незаконно отримали бюджетні кошти і, відповідно, порушили порядок отримання та використання бюджетних коштів; 3) особи, які законно

¹ Захист відбувся 25 березня 2011 р. у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ.

отримали бюджетні кошти, однак використали їх не за призначенням, у супереч з бюджетному законодавству (с. 9–10). Наведена класифікація осіб має значення як для розвитку кримінологічної науки, так і для потреб правоохоронних органів. Зокрема, як слушно зазначає здобувач, вказаний поділ осіб може використовуватись оперативними працівниками ОВС для розроблення реєстру криміногенних посад, перебування на яких збільшує ймовірність вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів. Щоправда, дисертантом як приклади наведено вичерпні переліки осіб, належних до кожної з трьох виділених груп, а це навряд чи виправдано.

Вважаю, що заслуговують на підтримку пропозиції дисертанта, спрямовані на вдосконалення ст. 210 КК України в частині: 1) доповнення диспозиції ч. 1 цієї статті вказівкою на рішення про місцевий бюджет (наразі тут фігурує лише закон про Державний бюджет України, і це є вадою чинної редакції ст. 210 КК); 2) визнання кваліфікованим різновидом нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням вчинення цього злочину з корисливих мотивів. Пропозиція у такий спосіб диференціювати кримінальну відповідальність, крім всього іншого, враховує позицію судової практики, у межах якої фактична караність злочину, передбаченого ст. 210 КК, залежить у тому числі від мотивації дій винуватої особи.

Аргументованими і конструктивними видаються пропозиції здобувача щодо: 1) запровадження в діяльність ДСБЕЗ Інструкції про використання паспорту супроводження цільового використання видатків бюджету; 2) вдосконалення форм статистичної звітності щодо вчинення злочинів у бюджетній сфері організованими злочинними групами; 3) внесення змін до наказу МВС України від 25 травня 2010 р. № 197 «Про затвердження системи оцінки діяльності органів внутрішніх справ України на основі нових критеріїв» у частині визначення ефективності профілактичної роботи за кількістю подань, винесених у порядку ст. 23-1 КПК України, а також за наявністю матеріалів (відповіді від підприємств, установ, організацій), які підтверджують здійснення заходів щодо усунення причин та умов злочинів. Наведений в одному з додатків до роботи проект Концепції реалізації державної політики щодо запобігання злочинам у бюджетній сфері на 2011–2015 рр., будучи закономірним підсумком проведеного дослідження, містить слушні пропозиції, сприйняття яких на державному рівні, вочевидь, дозволило б поліпшити ситуацію із станом злочинності у бюджетній сфері.

Зауваження.

1. Одну з причин того, чому ст. 210 і ст. 211 КК України як спеціальні кримінально-правові заборони досить рідко застосовуються на практиці, дисертант вбачає в тому, що законодавець закріпив завищені показники «завданих збитків, за наявності яких діяння кваліфікуються за цими статтями» (с. 38). На с. 60 роботи говориться про «закріплені законодавцем розмір шкоди, який практично унеможливорює застосування спеціального виду службового зловживання (ст. 210 КК України)». Вирішувати проблему здобувач пропонує, знижуючи межі розміру коштів, які становлять предмети бюджетних злочинів, і диференціюючи кримінальну відповідальність за їх вчинення, зокрема, залежно від того, були предметом цих кримінально караних діянь бюджетні кошти в значних, великих або особливо великих розмірах. Під останніми розуміються суми, які перевищують горезвісний НМДГ, відповідно, у 100, 500 і 1 тис. разів (с. 60, 196–197). Загалом я погоджуюсь з таким напрямом міркувань В.М. Руфанової. Водночас хотів би уточнити, що закріплені в примітці ст. 210 КК показники характеризують не збитки (чи шкоду або, інакше кажучи, суспільно небезпечні наслідки караних за ст. 210 і ст. 211 КК злочинів, складі яких є формальними), а їх предмети, що, як було показано вище, визнає і дисертант. Все ж варто уникати некоректних висловлювань, пов'язаних з отождоуванням різних і самостійних (не дивлячись на їх взаємозв'язок) ознак такої конструкції, як склад злочину.

Основна ж суть мого зауваження зводиться до того, що висунуті дисертантом кількісні показники, за допомогою яких пропонується вдосконалювати спеціальні кримінально-правові заборони, розраховані на зловживання з бюджетними коштами, не впливають з тексту дисертації загалом та її підрозділу 1.2 «Кримінологічні показники злочинів, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів» зокрема, а отже, можуть розцінюватись як довільні. Нескладні підрахунки з використанням запропонованих здобувачем коефіцієнтів і НМДГ (останній з 1 січня 2011 р. для потреб кваліфікації, як відомо, дорівнює 50 % прожиткового мінімуму для працездатної особи) показує, що отримані в результаті цих підрахунків величини досить віддалено співвідносяться з розмірами шкоди, заподіяної (як це встановила авторка, вивчивши понад 200 кримінальних справ) злочинами, пов'язаними з незаконним використанням бюджетних коштів (с. 206). До того ж коло досліджуваних злочинів дисертант, виходячи зі своєї наукової позиції, не обмежувала діяннями, передбаченими ст. 210 і ст. 211 КК, звідки взагалі впливає недоречність орієнтації на з'ясовані у дисертації показники фактично заподіяної шкоди при вдосконаленні саме цих кримінально-правових норм. Водночас одне з призначень серйозних кримінологічних робіт, до яких належить дисертація В.М. Руфанової, полягає, на моє переконання, у тому, щоб виробити підходи до вирішення фундаментальної проблеми притаманної чинному КК України довільності кількісних показників, які характеризують і предмети злочинів, і їх суспільно небезпечні наслідки.

2. Одним із правових факторів, які обумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, дисертант називає відсутність чіткого законодавчо визначеного переліку діянь, які слід вважати нецільовим використанням бюджетних коштів. Така конкретизація, на думку здобувача, потрібна передусім для того, щоб «правильно надавати правову оцінку діянням та уникнути помилок при кваліфікації діянь, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів» (с. 59).

Я б не став пов'язувати правильність кримінально-правової кваліфікації того чи іншого діяння як нецільового використання бюджетних коштів із прийняттям нормативно-правового акта на кшталт згаданого В.М. Руфаною і затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 14 листопада 2000 р. № 275 Порядку забезпечення органами державної контрольно-ревізійної служби повернення коштів державного і місцевих бюджетів та державних цільових фондів, використаних підприємствами, установами й організаціями не за цільовим призначенням, та (або) не повернутих бюджетам чи фондам позик і кредитів. По-перше, мій особистий досвід коментування ст. 210 і ст. 211 КК показує, що такого роду документи, хоч і дають певне уявлення про суть нецільового використання бюджетних коштів, можуть містити положення, які не узгоджуються з диспозиціями кримінально-правових норм і слідування яким спроможне викликати помилкову кваліфікацію. Так, у п. 3 вказаного вище Порядку як різновиди нецільового використання бюджетних коштів розглядались витрачання таких коштів за відсутності первинних документів, які підтверджують здійснення господарських операцій, та використання бюджетних коштів понад установлені нормативи. Однак непідтверджене документально витрачання бюджетних коштів саме по собі навряд чи може розцінюватись як нецільове використання таких коштів, чого вимагала як попередня, так і чинна редакція ст. 210 КК. Якщо не встановлено, що зазначені дії супроводжували та (або) приховували нецільове використання бюджетних коштів, вчинене ознак складу злочину, передбаченого ст. 210 КК, не містить і залежно від обставин справи має діставати адміністративно-правову (ст. 164-12 КпАП) або кримінально-правову (ст. ст. 191, 364, 365, 367 КК) оцінку. Стосовно ж використання бюджетних коштів понад установлені нормативи, то з точки зору попередньої редакції ст. 210 КК таке правопорушення мало розцінюватись не як використання бюджетних коштів всупереч їх цільовому призначенню, а як використання цих коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків. По-друге, кваліфікуючи діяння і закріплюючи у відповідному процесуальному документі результат свого тлумачення кримінального і бюджетного законодавства, слідчий або суддя не зобов'язаний керуватись підзаконним нормативно-правовим актом, який має відповідне фінансове призначення і з різних причин може і не містити вичерпного переліку різновидів нецільового використання бюджетних коштів. Крім цього, не виключені ситуації, коли слідчий або суддя, розкриваючи зміст бланкетної диспозиції ст. 210 КК і беручи до уваги законодавчо закріплене визначення нецільового використання бюджетних коштів (ст. 119 БК України), здобутки кримінально-правової доктрини, а також судові прецеденти, дає певному порушенню бюджетного законодавства іншу оцінку, ніж та, що пропонується в порядку відомчого нормотворення державним органом (наприклад, Міністерством фінансів або Державною фінансовою інспекцією України).

Отже, значення нормативно-правових актів, в яких наводяться переліки діянь, що визнаються нецільовим використанням бюджетних коштів, в аспекті забезпечення точності кваліфікації бюджетних злочинів переоцінювати не варто.

3. Не всі міркування дисертанта, присвячені виокремленню злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, як об'єкта кримінологічного дослідження та співвідношенню цих злочинів із злочинами у бюджетній сфері (підрозділ 1.1), сприймаються однозначно. Так, В.М. Руфанова стверджує, що злочинам, які вчиняються у бюджетній сфері, притаманна низка ознак (с. 27–28). Проте ознайомлення з цими ознаками показує, що їх більшість, будучи ознаками складів злочинів, є не стільки кримінологічними, скільки кримінально-правовими. До речі, така виділена здобувачем ознака, як вчинення діянь під час виконання бюджету за видатками, характерна не для всіх злочинів, які вчиняються в бюджетній сфері, а для досліджуваних у дисертації злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів.

До злочинів, які вчиняються під час виконання бюджету за доходами, дисертант відносить злочини, які пов'язані з порушенням податкового законодавства та які передбачені ст. ст. 211 (у частині доходів), 212, 364–367 КК (с. 18, 30). Наведена позиція не враховує того, що відповідно до п. 23 ст. 2 і ст. 9 БК України доходами бюджету визнаються не лише податкові, а й інші надходження (неподаткові, доходи від операцій з капіталом, трансферти). З кримінально-правової точки зору це означає, що обмежувати коло злочинів, вчинення яких перешкоджає формуванню доходної частини бюджету, лише злочинними порушеннями податкового законодавства не слід. Наприклад, суспільна небезпека передбаченої ст. 233 КК незаконної приватизації державного, комунального майна значною мірою (хоч і не повністю) визначається фіскальною складовою – скороченням надходження до бюджету коштів від відчуження майна.

Віднесення без застережень до злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, шахрайства з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК) і невіднесення його до злочинів, пов'язаних із порушенням податкового законодавства, не бере до уваги ту обставину, що шахрайство з фінансовими ресурсами в частині

незаконного одержання пільг щодо податків є злочином проти системи оподаткування. Серед злочинів, які пов'язані з порушенням податкового законодавства, авторка виділяє «ті, які впливають на доходну частину бюджету...» (с. 29). Цікаво було б почути, які злочинні порушення податкового законодавства на формування доходної частини бюджету не впливають. Визначаючи перелік злочинів, пов'язаних з порушенням податкового законодавства, дисертант обмежується викладенням точки зору р.Ю. Гревцової і не враховує того, що у вітчизняній доктрині існують і інші підходи до визначення злочинів, що посягають на систему оподаткування, та їх класифікації (див., наприклад: Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – С. 11–12).

Віднесення до злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем і невіднесення до них шахрайства (с. 30 дисертації) виглядає кроком, який щонайменше потребує пояснень. Адже в юридичній літературі питання, за якою саме кримінально-правовою нормою (ст. 190 або ст. 191 КК) треба кваліфікувати випадки незаконного бюджетного відшкодування ПДВ, належить до числа дискусійних.

4. У підрозділі 1.2 дисертації «Кримінологічні показники злочинів, пов'язаних з незаконним використанням бюджетних коштів» В.М. Руфанова ретельно аналізує кількісно-якісні показники досліджуваних злочинів – їх рівень, структуру, географію, динаміку. Водночас у цьому підрозділі розглядаються найбільш розповсюджені способи вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів (с. 41–43), які, безперечно, слід враховувати при визначенні заходів запобігання цим діянням з боку правоохоронних органів. Постає, однак, питання щодо виправданості віднесення способів вчинення злочинів до кримінологічних показників, оскільки, як правило, способи розкриваються в межах кримінологічної характеристики окремих видів злочинів. На мій погляд, способам вчинення досліджуваних злочинів варто було присвятити окремий підрозділ дисертації. Висловлю припущення, що такий крок дозволив би здобувачу відповісти на питання, чому із понад 40 перерахованих у ст. 116 БК України видів бюджетних правопорушень лише за кілька з них передбачено відповідальність у ст. 210 і ст. 211 КК – спеціальних кримінально-правових заборонах, покликаних законодавчо забезпечити предметну боротьбу із зловживаннями з бюджетними коштами. Зокрема, сказане стосується докладно висвітлених В.М. Руфаною порушень бюджетного законодавства, які мають місце у сфері державних закупівель (с. 165–170).

Повертаючись до запропонованої авторкою класифікації злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, за способами їх вчинення, зауважу, що в дисертації чітко не пояснюється, чому злочини, пов'язані з незаконним відшкодуванням бюджетних коштів (3 група), не можна розглядати як злочини, пов'язані з незаконним отриманням таких коштів (1 група). Тим більше, що в авторському визначенні злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, йдеться про те, що ці суспільно небезпечні діяння вчиняються розпорядниками або одержувачами в процесі надання, отримання і використання бюджетних коштів (як бачимо, окреме згадування про відшкодування бюджетних коштів тут відсутнє). Задля справедливості зазначу, що і сама В.М. Руфанова визнає умовність пропонованої нею класифікації досліджуваних злочинів (с. 41).

І ще на один аспект вказаної класифікації злочинів хотів би звернути увагу. До злочинів, пов'язаних із незаконним витрачанням бюджетних коштів, авторка відносить і нецільове використання сум ПДВ, які знаходяться на спеціальних рахунках сільськогосподарських підприємств (с. 42). Правильність викладеної точки зору викликає сумнів, не дивлячись на те, що відповідно до п. 11 ст. 2 БК України бюджетні кошти – це не лише витрати, а і надходження бюджету. У п. 209.2 ст. 209 ПК України вказується, що згідно зі спеціальним режимом оподаткування сума ПДВ, нарахована сільськогосподарським підприємством на вартість поставлених ним сільськогосподарських товарів (послуг), не підлягає сплаті до бюджету і повністю залишається в розпорядженні такого підприємства для певних цілей. Зазначені суми ПДВ акумулюються на спеціальних рахунках, відкритих у банківських установах. Урядова постанова, на яку посилається здобувач (с. 42, 246), якраз і регламентує порядок акумулювання сільськогосподарськими підприємствами сум ПДВ на спеціальних рахунках.

З огляду на сказане, вважаю неточним називати відповідні суми ПДВ бюджетними коштами, як цього вимагає чинна редакція ст. 210 КК. Принагідно зауважу, що вказана проблема вже висвітлювалась у кримінально-правовій літературі (див., наприклад: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К., 2003. – С. 261–262).

5. Окремі пропозиції дисертанта, які визначають напрями і заходи із запобігання злочинам, пов'язаним із незаконним використанням бюджетних коштів, не відзначаються конкретністю, а тому потребують доопрацювання. Сказане стосується, наприклад, наведеного в розділі III проекту Концепції реалізації державної політики щодо запобігання злочинам у бюджетній сфері на 2011–2015 рр. положення про те, що треба створити всіма економічними, організаційно-управлінськими, професійно-освітницькими, морально-психологічними засобами механізм виховання у розпорядників та одержувачів бюджетних коштів порядності, чесності, високого професіоналізму (с. 212). Із наведеного висловлювання, яке носить характер гасла, не зовсім зрозумілі як

суть поставленого завдання, так і суб'єкти, які мають його виконувати. Щодо удосконалення законодавства про відповідальність за злочини у бюджетній сфері, про що також йдеться у розділі III проекту Концепції (с. 212–213), то авторкою (за винятком ініційованих нею змін до КК України) перераховуються лише напрями такого вдосконалення, а не зазначаються конкретні нормативно-правові документи, які слід розробити або до яких необхідно внести зміни (як не уточнено і те, що це мають бути за зміни). Серед визначених у підрозділі 2.3 дисертації напрямів спеціально-кримінологічного запобігання ОВС злочинам, пов'язаним із незаконним використанням бюджетних коштів, бажано було б конкретизувати заходи із запобігання діяльності організованих злочинних груп у бюджетній сфері.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.О. ВАКУЛИК «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРИМУШУВАННЯ ДАВАТИ ПОКАЗАННЯ»¹

Конституція України проголошує людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку найвищими соціальними цінностями. Встановлено, що ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню, а обвинувачення не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом. Застосування тортур і жорстокого поводження є порушенням ст. 5 Загальної декларації прав людини 1948 р., ст. 3 Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., Декларації про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання 1975 р. Закон України від 19 червня 2003 р. «Про основи національної безпеки» до пріоритетів національних інтересів України відносить серед іншого гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина. У реалізації наведених законодавчих і міжнародно-правових положень провідна роль належить правоохоронним органам, однією з основних функцій яких є розслідування кримінальних справ і запобігання злочинам.

Оскільки довіра до влади – одна із засад цивілізованих взаємовідносин між особою і державою, боротьба із злочинами, які вчиняються службовими особами у сфері правосуддя, є важливою складовою процесу становлення України як демократичної і правової держави. Криміналізація правоохоронної системи несе подвійний негативний ефект: по-перше, вона руйнує цю систему зсередини, створюючи загрозу національній безпеці; по-друге, вона підриває правосвідомість громадян і авторитет правоохоронних органів, зумовлює розповсюдження правового нігілізму і зневіру людей у здатність держави захистити їх права і законні інтереси.

Проблематика кримінальної відповідальності за примушування давати показання є надзвичайно злободенною і складною (і не лише для сьогоденної України) через те, що безпосередньо стосується балансу інтересів боротьби зі злочинністю, з одного боку, та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, з іншого. Сприйняття безспірного твердження героя Володимира Висоцького Гліба Жеглова про те, що злочин повинен сидіти у в'язниці, у жодному разі не означає, що суспільству має бути байдуже, у який спосіб злочинець потрапить за ґрати. Як зазначає М. Оніщук, проблемним блоком діяльності правоохоронних органів є те, що вони продовжують діяти за силовою логікою тоді, як вже давно сформований громадянський запит на захист прав, честі і гідності. На сьогодні за рівнем довіри міліція (17,4 %), прокуратура (17%) і суди (14,3 %) займають останні позиції серед інших державних інститутів (див.: Оніщук М. Дилеми правової держави // Дзеркало держави. – 2 квітня 2011 р. – № 12). Згідно з моніторингом, проведеним Харківським інститутом соціальних досліджень і Харківською правозахисною групою, кількість випадків смерті в міліції в 2010 р. збільшилась порівняно з 2009 р. більш, ніж удвічі. Оціночна кількість людей, які у 2010 р. постраждали від насильства в міліції, становила 780–790 тис. (у 2009 р. – 604 тис. осіб) (див.: Примаченко О. Права людини: новітні тенденції // Дзеркало держави. – 5 березня 2011 р. – № 8). На цьому фоні (відповідно до статистичних даних МВС і Державної судової адміністрації України) кількість осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності за примушування давати показання, і, тим більше, засуджених за вчинення такого злочину є мізерною. Ця разюча невідповідність між розповсюдженням відповідної злочинної поведінки і кримінально-правовим реагуванням на неї потребує наукового осмислення в плані визначення шляхів зміни ситуації на краще.

Своєчасність звернення до проблем кримінальної відповідальності за примушування давати показання на дисертаційному рівні зумовлена також дискусійністю значної кількості аспектів кримінально-правової характеристики цього злочину, необхідністю уточнення диспозиції ст. 373 КК України, у тому числі із залученням позитивного зарубіжного досвіду, відсутністю в сучасній юридичній літературі України спеціальних монографічних робіт, присвячених кримінально-правовій характеристиці примушування давати показання. Актуальності обраній темі додає і та обставина, що доповнення ст. 373 КК на підставі Закону України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» застереженням «за відсутності ознак катування» призвело до істотного і навряд чи виправданого обмеження сфери застосування кримінально-правової заборони, присвяченої примушуванню давати показання, не стільки сприяло розмежуванню відповідних суміжних складів злочинів, скільки викликало суперечливі доктринальні тлумачення кримінального закону і різнобій у правозастосуванні. Цілком очевидно, що саме кримінально-правова наука зобов'язана запропонувати законодавцю оптимальний варіант імплементації положень Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р.

Наукова новизна дисертації визначається тим, що робота О.О. Вакулик є першим в Україні монографічним дослідженням, присвяченим кримінально-правовій характеристиці примушування давати показання.

¹ Захист відбувся 20 квітня 2011 р. у Національній академії прокуратури України.

Зокрема, заслуговують на підтримку пропозиції дисертанта: розширити сферу застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, виключивши зі ст. 373 КК України вказівку на допит; розширити коло суб'єктів злочину, передбаченого ст. 373 КК, за рахунок осіб, уповноважених на проведення слідчих дій; усунути допущену законодавцем помилку, вказавши в ст. 373 КК України на особу, яка провадить дізнання або досудове слідство; конкретизувати зміст насильства як кваліфікуючої ознаки примушування давати показання; доповнити ст. 373 КК такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення передбаченого цією статтею злочину групою осіб.

На сьогодні фактично неможливо уявити собі такий варіант примушування давати показання із застосуванням фізичного насильства, в якому були б відсутні ознаки караного за ст. 127 КК України катування. О.О. Вакулик, висуваючи власний варіант розблокування можливості застосування ч. 2 ст. 373 КК, пропонує виключити з останньої законодавче застереження «за відсутності ознак катування» (с. 163, 169). Не відкидаючи такий шлях усунення не виправданої конкуренції кримінально-правових норм про відповідальність за катування і примушування давати показання, вважаю більш перспективним і таким, що узгоджується з міжнародно-правовими зобов'язаннями України, інший варіант вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства – а саме виключення з КК України ст. 127 «Катування» і водночас доповнення ст. ст. 373 КК (як і ст. 365 КК) такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення передбаченого цією статтею КК злочину, що супроводжується катуванням (про аргументи на користь подібних законодавчих новел див., зокрема: Антонюк Н.О. Імплементация міжнародно-правових норм про катування // Вісник ЛДУВС імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – Випуск 3. – С. 64–72).

Із цікавістю сприймаються міркування здобувача про: широке розуміння правосуддя як об'єкта кримінально-правової охорони; доцільність виокремлення видового об'єкта злочинів, передбачених ст. ст. 373, 383–386 КК України; визнання конституційного права особи на те, що обвинувачення стосовно неї не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, додатковим факультативним (а не обов'язковим) об'єктом злочину, передбаченого ст. 373 КК; належність інформації до предмета злочину; невизнання обману та підкупу, а так само правомірного кримінально-процесуального примусу незаконними діями, шляхом вчинення яких потерпілий примушується давати показання; недоцільність встановлення кримінальної відповідальності за спонукання давати показання шляхом підкупу; співвідношення ст. 365 і ст. 373 КК як загальної і спеціальної кримінально-правової норми; неправильність інкримінування ст. 373 КК у випадку примушування давати пояснення, здійснюваного до порушення кримінальної справи; безпідставність кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 373 і ч. 2 ст. 127 КК.

Зауваження.

1. Чи не найскладнішою проблемою, пов'язаною з тлумаченням і застосуванням ст. 373 КК України, є відмежування згаданих у ній незаконних дій як способу вчинення примушування давати показання від різноманітних тактичних і психологічних прийомів проведення допиту, що спрямовані на зміну позиції допитуваного і не є при цьому кримінально караним примушуванням. З метою вирішення позначеної проблеми дисертант запропонувала замість оціночного поняття «незаконні дії» вказати в ч. 1 ст. 373 КК України на те, що примушування давати показання здійснюється шляхом погрози або іншого незаконного психологічного впливу (с. 96, 101, 126, 128, 173). Викладена пропозиція наводить на такі міркування.

По-перше, пропонований зворот «інший незаконний психологічний вплив», як і вжите в чинній редакції ст. 373 КК словосполучення «незаконні дії», містить оціночний елемент, тобто невизначеність на законодавчому рівні з приводу суті способу злочинного примушування давати показання, хоч і зменшується, повністю не усувається. Як наслідок, з'ясовані О.О. Вакулик шляхом проведення опитувань сумніви респондентів з приводу того, чи можна відносити до незаконних дій з точки зору кваліфікації за ст. 373 КК, наприклад, обман, підкуп чи обіцянки, залишатимуться і в разі сприйняття законодавцем новел, ініційованих здобувачем. По-друге, до іншого незаконного психологічного впливу на особу дисертант, крім гіпнозу, пропонує відносити вплив, який обмежує право вибору потерпілого (с. 101). Однак із тексту дисертації, в якому розкривається зміст незаконних дій як способу примушування давати показання (с. 82–96), залишається не зрозумілим, що (крім погроз і гіпнозу) слід розуміти під впливом, який обмежує право вибору потерпілого. Адже, на переконання О.О. Вакулик, ні підкуп, ні переконання, ні хитрощі, ні інші подібні прийоми, не створюючи стану примусовості, способами вчинення злочину, передбаченого ст. 373 КК, визнаватись не повинні. Вважаю, що дисертант цілком успішно могла б компенсувати невизначеність щодо способів примушування давати показання, запропонувавши авторські редакції рекомендаційних роз'яснень Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ із питань застосування ст. 373 КК. Але визначивши як одне із завдань свого дослідження формулювання пропозицій щодо вдосконалення практики застосування кримінального законодавства про відповідальність за примушування давати показання (с. 9), О.О. Вакулик таких пропозицій, на жаль, не висунула.

2. Певні зауваження викликає структура роботи. Так, із назв розділів 2 і 3 дисертації (відповідно, «Кримінально-правова характеристика примушування давати показання» і «Кваліфікуючі ознаки та відмежування примушування давати показання від суміжних складів злочинів») випливає, що кваліфікуючі ознаки злочину,

передбаченого ст. 373 КК України, не є складовою кримінально-правової характеристики примушування давати показання. Погодитись з цим не можна, оскільки склад злочину (у тому числі кваліфікований), визнається елементом кримінально-правової характеристики того чи іншого злочину. Назва розділу 2 дисертації повторює назву всієї роботи (бажано було б уточнити, що в цьому розділі йдеться про кримінально-правову характеристику досліджуваного злочину саме за законодавством України). Вважаю також, що обрана тема зобов'язувала здобувача присвятити окремий підрозділ роботи проблемі врахування принципів криміналізації при запровадженні кримінальної відповідальності за примушування давати показання. На тому, що кримінально-правова характеристика як система спеціалізованої наукової інформації про злочин обов'язково включає в себе соціальну обумовленість встановлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів, наполягають В.І. Борисов та О.О. Пащенко – автори чи не єдиної в сучасній юридичній літературі України роботи, в якій чітко і зрозуміло пояснено, що становить собою кримінально-правова характеристика злочину (див.: Борисов В., Пащенко О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3. – С. 180–190). До речі, посилання на цю публікацію у дисертації відсутнє.

3. Окремі висловлювання авторки, присвячені визначенню об'єкта примушування давати показання, не відзначаються послідовністю.

Дискутуючи з А.М. Бойком, який під безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 373 КК, розуміє, зокрема, «інтереси правосуддя в частині забезпечення процесуального порядку отримання доказів, які встановлюються шляхом давання показань», О.О. Вакулик називає таку позицію «досить спірною, оскільки не обов'язково, що отримані показання будуть використані як доказ для пред'явлення обвинувачення у кожному випадку, вони можуть мати й інший характер» (с. 59). Водночас сама дисертант безпосередній об'єкт примушування давати показання пов'язує з процесуальним порядком збирання й отримання достовірних доказів у кримінальній справі (с. 62, 63, 71, 73 та ін.). Звідси випливає, що в цій частині підхід, обстоюваний здобувачем, відрізняється від позиції, яку займає А.М. Бойко, не по суті, а хіба що за словесною формою.

Констатувавши, що за КК Франції злочином визнається спонукання в тому числі до утримання від надання показань, заяв, свідчень (с. 36), дисертант залишає без розгляду питання про доцільність відповідного уточнення диспозиції ст. 373 КК України. Зрозуміло, однак, що примушування до відмови від давання показань, як і примушування давати показання, завдає шкоди закріпленому КПК України порядку отримання доказів у кримінальній справі. Не випадково в кримінально-правовій літературі (див.: наприклад: Бобраков І. Проблемы квалификации принуждения к даче показаний (ст. 302 УК РФ) // Уголовное право. – 2005. – № 2. – С. 9) ставиться питання про законодавче усунення вказаної прогалини.

Дисертант позиціонує себе як прибічницю традиційної наукової позиції «об'єкт злочину – охоронювані кримінальним законом суспільні відносини» (с. 45–51). У такому разі не зовсім зрозуміло, чому додаткові об'єкти злочину, передбаченого ст. 373 КК України, О.О. Вакулик визначає не як певні суспільні відносини, а безпосередньо як здоров'я, честь, гідність, волю, особисту недоторканність, свободу думки і свободу слова, життя, свободу, право власності, а також як конституційне право особи на те, що обвинувачення стосовно неї не може ґрунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом (с. 73, 125, 172).

4. Заперечуючи доцільність запозичення зарубіжного досвіду в частині встановлення кримінальної відповідальності за примушування експерта дати той чи інший висновок, О.О. Вакулик називає визнання такого діяння злочином нелогічним. Адже «більшість експертиз у кримінальних справах проводяться в державному експертно-криміналістичному центрі МВС України, що належить до складу підрозділів міліції. Тому у винного немає потреби примушувати експерта давати необхідний йому висновок: спрацьовує солідарність працівників правоохоронних органів, яку в деяких випадках можна визначити злочинною» (с. 31). Якщо слідувати логіці дисертанта, то і за примушування експерта давати показання не треба передбачати кримінальну відповідальність, адже питання можна вирішити, домовившись з колегою-міліціонером. При цьому для самої авторки безспірним є те, що до числа потерпілих від злочину, передбаченого ст. 373 КК України, належить і експерт (с. 72, 73 та ін.). До того ж як експерти при розслідуванні кримінальних справ можуть залучатись і не працівники експертно-криміналістичних підрозділів МВС України, що взагалі виключає будь-яку відомчу солідарність. Показовою в цьому контексті є та обставина, що майже кожен п'ятий з опитаних здобувачем правоохоронців не відкидає вірогідність застосування службовою особою незаконних дій саме при призначенні експертизи (с. 194–195). Таким чином, питання про криміналізацію примушування експерта дати висновок, який згідно з ч. 2 ст. 65 КПК України визнається одним із джерел доказів, залишається відкритим.

5. На думку здобувача, якщо при вчиненні примушування давати показання спричиняються наслідки, передбачені ч. 1 або ч. 2 ст. 365 КК, такі дії варто додатково кваліфікувати за ст. 365 КК як перевищення влади або службових повноважень (с. 154). Перекоаний у тому, що подібні рекомендації суперечать виробленому доктриною правилу про неприпустимість одночасної кваліфікації злочину за загальною і спеціальною кримінально-правовими нормами, призводять до штучного утворення множинності злочинів там, де вона

відсутня, а тому є неприйнятними. Це стосується і наведеного О.О. Вакулик на підтвердження своєї позиції роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, згідно з яким умисне вбивство специфічних потерпілих (державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу, судді тощо), вчинене за обтяжуючих обставин, перерахованих у ч. 2 ст. 115 КК, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів (абз. 5 п. 12 постанови Пленуму від 7 лютого 2003 р. № 2 із змінами «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»). Теоретична неспроможність цього роз'яснення вже доводилась в юридичній літературі (див., наприклад: Шепелєва Н.В. До питання про відповідальність за посягання на життя, встановлену спеціальними кримінально-правовими нормами // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 9. – С. 33–35).

6. Точка зору дисертанта, згідно з якою чинна редакція ст. 373 КК України не поширює свою дію на випадки примушування давати показання під час проведення очної ставки (с. 97–98), видається переконливою. Вирішуючи це питання, О.О. Вакулик фактично віддає перевагу мовному (лінгвістичному, текстуальному тощо) тлумаченню при тому, що і науковець, і правозастосувач при тлумаченні кримінального закону зобов'язані використовувати всі доречні прийоми, включаючи системне тлумачення, яке в розглядуваному випадку передбачає врахування системних зв'язків положень КК і КПК. Із змісту ж ст. 172 і ст. 173 КПК України випливає, що очна ставка є допитом, і під час її проведення особи дають показання. У кримінально-процесуальній літературі (див.: Уголовно-процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общей редакцией В.Т. Маляренко, Ю.П. Аленина. – Х., 2007. – С. 439–443) очна ставка тлумачиться як одночасний допит. Про те, що з точки зору КПК очна ставка охоплюється поняттям «допит», пише і здобувач (с. 97). За таких обставин обмежувальне тлумачення ст. 373 КК України, результатом якого стає висновок про непоширення дії цієї кримінально-правової заборони на зловживання дізнавачів і слідчих під час проведення очних ставок, навряд чи виправдане.

7. Розкриваючи зміст шантажу як різновиду погрози, а отже, незаконних дій з погляду відповідальності за ст. 373 КК, дисертант відтворює поширену в юридичній літературі точку зору, згідно з якою компрометуючі відомості, розголошенням яких погрожує винуватий, можуть як відповідати дійсності, так і бути наклепницькими (с. 86–87). Таким чином, поза увагою О.О. Вакулик залишалась інша позиція з цього питання, обстоювана Н.М. Ярмиш, яка розцінює усталений підхід як аналогію закону. Адже, по-перше, не можна розголосити те, чого немає (можна щось вигадати, а потім його поширити); по-друге, «бажати зберегти в таємниці» можна лише те, що такою таємницею є; не може бути таємницею те, чого насправді немає (див.: Ярмиш Н. Про межі допустимості поширювального тлумачення кримінального закону // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2008. – № 1. – С. 26). Під час захисту потребує з'ясування ставлення здобувача до наведеної доктринальної позиції.

8. Дисертант вважає, що шляхом використання в ст. 373 КК звороту «при допиті» позначається обстановка як ознака об'єктивної сторони примушування давати показання (с. 97). Стверджується також, що ознакою об'єктивної сторони цього злочину виступає і час, який своєю чергою впливає з обставинки вчиненого діяння (с. 100). З огляду на сказане, було б логічним, якби О.О. Вакулик розглянула питання, чи не притаманна об'єктивній стороні примушування давати показання така ознака, як ситуація, під якою у кримінально-правовій науці (зокрема, праці Є.В. Фесенка) розуміється своєрідне поєднання місця, часу та (або) обставинки вчинення злочину.

ВІДГУК НА ДОКТОРСЬКУ ДИСЕРТАЦІЮ В.М. БУРДІНА «ОСУДНІСТЬ ТА НЕОСУДНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ»¹

Проблеми осудності та неосудності, будучи одними з ключових у кримінальному праві, безпосередньо пов'язані з такими фундаментальними кримінально-правовими категоріями, як суб'єкт злочину, вина і склад злочину, забезпечують втілення в життя принципу суб'єктивного інкримінування, у зв'язку з чим завжди привертати до себе увагу науковців. Протягом тривалого часу не припиняються дискусії щодо доцільності законодавчого закріплення ознак осудності, переліку причин неосудності, розмежування компетенції психіатрів (тобто лікарів за фахом) та юристів при встановленні неосудності особи, підстав та форм примусового надання психіатричної допомоги, обґрунтування кримінальної відповідальності за злочини, вчинені в стані сп'яніння, тощо. В юридичній літературі неоднозначно вирішуються питання про назву, кількість і зміст ознак, що характеризують психічні стани осіб при вчиненні ними суспільно небезпечних діянь, передбачених КК України, про розуміння діяння в кримінальному праві і, зокрема, про те, чи діють у кримінально-правовому сенсі неосудні і ті, хто не досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, про шляхи розв'язання проблеми так званої вікової неосудності. Не знайшла однозначної підтримки серед фахівців і ідея диференціації осудності на загальну і спеціальну (професійну); при цьому якщо М.С. Грінберг і В.І. Курляндський як фундатори вказаної наукової концепції пов'язували і пов'язують її виключно з науково-технічним прогресом, то останнім часом окремими дослідниками ставиться питання про розширення сфери її застосування, зокрема, за рахунок службової і господарської діяльності.

Вважається, що законодавче закріплення категорії обмеженої осудності (ст. 20 КК чинного КК України) сприяє диференціації ознак окремих психічних розладів, більш точному діагнозу суміжних психічних станів людини, поліпшенню взаємодії юристів, психологів і психіатрів у виробленні індивідуального підходу до оцінки злочину, вчиненого осудним суб'єктом із психічними аномаліями. Разом з тим запровадження в легальний обіг положень про обмежену осудність та її кримінально-правове значення призвело до активізації з новою силою гострої свого часу дискусії стосовно цього явища, у ході якої ставляться питання не лише про співвідношення обмеженої осудності із суміжними кримінально-правовими поняттями та її вплив на кримінальну відповідальність, а і взагалі про доцільність законодавчого виокремлення цього кримінально-правового поняття.

Дискусії із згаданих та інших кримінально-правових проблем, пов'язаних з осудністю та неосудністю, тривають на фоні напруженості і невизначеності повсякденного життя наших громадян і, як наслідок, погіршення їх психічного здоров'я. Згідно зі статистичними даними, в Україні зростає кількість осіб, які мають психічні відхилення, що негативно впливають на інтелектуальну та емоційно-вольову складову їх життєдіяльності, спричиняють делінквентність.

Часи зловживань психіатрією в політичних цілях, коли дисиденти у колишньому СРСР визнавались неосудними із дивними діагнозами на кшталт «манія реформаторства», «патологічна чесність» і «млявоплинна шизофренія із загостренням відчуттям справедливості», давно минули. Однак прецеденти зловживань, пов'язаних із кримінально-правовим поняттям неосудності, якщо вірити ЗМІ (див., наприклад: Пархомчук Т. Відродження каральної психіатрії? // Дзеркало тижня. – 30 грудня 2010 р. – № 49), на жаль, мають місце і в сьогодиншній Україні.

Актуальності обраній темі додає і та обставина, що в обговорюваному проекті КПК України, розробленому робочою групою з питань реформування кримінального судочинства, створеною відповідно до Указу Президента України від 17 серпня 2010 р. № 820/2010, містяться положення про особливості кримінального провадження за участю неосудних осіб та осіб, які захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання, – положення, які в ідеалі повинні бути максимально узгоджені з відповідними кримінально-правовими приписами.

Проблематика кримінально-релевантних психічних станів особи, що виключають кримінальну відповідальність або впливають на її реалізацію, є комплексною, міждисциплінарною, її окремі аспекти вивчаються у кримінальному праві, кримінальному процесі, кримінології, судовій медицині, психіатрії, психології тощо. Як цілком справедливо зазначають І.Я. Козаченко і Б.А. Спасенников, моноюридичне прагнення розробляти проблеми осудності і кримінальної відповідальності осіб, які страждають на психічні розлади, перспектив не має, оскільки при цьому не враховуються та і не можуть бути враховані закономірності «буття» психіки людини (див.: Козаченко І.Я., Спасенников Б.А. Вопросы уголовной ответственности и наказания лиц, страдающих психическими расстройствами, не исключаящими вменяемости // Государство и право. – 2001 – № 5. – С. 70).

Чудово усвідомлюючи цю обставину, дисертант при написанні своєї роботи опрацював не лише кримінально-правову і кримінологічну, а і філософську, медичну, психіатричну, психологічну, історичну, довідкову

¹ Захист відбувся 30 серпня 2011 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

літературу, використав постанови Пленуму Верховного Суду України з різних категорій кримінальних справ, звернувся до здобутків дореволюційної кримінально-правової доктрини, сучасної цивілістики, а також такої сфери знань людини, як формальна логіка. На рівні окремих підрозділів дисертації (відповідно, 1.3 і 1.4) вивчив здобувач розвиток положень про осудність та неосудність в історії вітчизняного кримінального законодавства і зарубіжний досвід проблем осудності та неосудності, що поряд з іншими чинниками забезпечило проведенню дослідженню належну фундаментальність.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що в дисертації на підставі всебічного і глибокого вивчення найбільш дискусійних і складних теоретичних, законодавчих і правозастосовних проблем осудності та неосудності у кримінальному праві висувається принципово новий підхід до визначення причин неосудності і розуміння діяння у кримінально-правовому значенні, по-новому вирішуються питання про кримінальну відповідальність за діяння, вчинені у стані обмеженої осудності та сп'яніння, уточнюються співвідношення кримінально-правових понять осудності та неосудності, осудності та вини. У цьому плані не можна не відмітити наукову сміливість автора, його вміння знаходити нові аргументи при розв'язанні, здавалося б, традиційних питань, стосовно яких у доктрині і на практиці вироблено усталені погляди.

Так, послідовно наполягаючи на тому, що на інтелектуально-вольову сферу діяльності особи можуть справляти вплив не лише психічні розлади (теза про багатофакторність впливу), дисертант пропонує диференціювати причини неосудності і відносити до них також соматичні розлади, відставання у психічному розвитку неповнолітніх, невідповідність психофізіологічних можливостей особи вимогам кримінально-значимої ситуації, непереборну силу, непереборний фізичний вплив і рефлекси.

Фактично новим є обстоюваний автором підхід до поняття осудності. Науковець стверджує, що поняття осудності є первинним щодо протилежного йому і негативного за змістом поняття неосудності і що між цими поняттями існує відношення суперечності. Вказуючи на необхідність законодавчого визначення поняття осудності з його формалізованими ознаками, дослідник переконливо обґрунтовує положення про те, що ознаки негативного за змістом поняття неосудності є вторинними і повинні виводитися шляхом заперечення ознак позитивного поняття осудності.

Не можна не відзначити і досить детальний аналіз поняття обмеженої осудності. В.М. Бурдін вдало показує найбільш уразливі місця цього поняття і недосконалість його законодавчого регулювання, а так само пропонує новий підхід щодо структурного розміщення ознак обмеженої осудності в КК України.

Послідовно і наполегливо критикує дисертант усталений у кримінальному праві погляд на діяння як на свідомо-вольову поведінку особи, вважаючи, що таке розуміння діяння ставить під сумнів існування неосудності і віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, як кримінально-правових понять, а також призводить до певного змішування (дублювання) об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину.

Не оминає увагою здобувач і одне з найбільш злободенних питань – про кримінальну відповідальність за злочини, вчинені в стані сп'яніння. Науковцем цілком обґрунтовано критикується існуючий законодавчий підхід до вирішення вказаного питання, який не забезпечує диференціацію кримінальної відповідальності залежно від конкретних обставин, за яких особа опинилася у стані сп'яніння, і фактично може бути передумовою об'єктивного ставлення у винуватість.

Відзначаються новизною, є аргументованим і сприймаються з цікавістю також чимало інших міркувань дисертанта, зокрема, про: обмежену осудність як вид осудності, а не як проміжний стан між осудністю та неосудністю; неточність і загалом невдалість назви ст. 19 чинного КК України; кримінальну протиправність і суспільну небезпеку як самостійні ознаки злочину, що повинні включатись у кримінально-правове визначення поняття осудності; безпідставність виділення такої формальної ознаки поняття осудності, як час вчинення злочину, а так само можливості зазначати кримінальну відповідальність; недоцільність виокремлення емоційної ознаки у змісті поняття осудності; осуд злочинця від імені держави як обов'язкову ознаку всіх форм кримінальної відповідальності; необхідність призначення комплексної судової психолого-психіатрично-педагогічно-медичної експертизи у випадку вчинення забороненого КК діяння особою, про яку немає точних документальних відомостей щодо її віку; зайвистість вказівки на об'єктивну ознаку у визначеннях злочинної небалості і казусу; виправданість існування презумпції осудності особи; необхідність уточнення ч. 2 ст. 67 КК, згідно з якою суд на сьогодні має право не визнати ту чи іншу обставину такою, що обтяжує покарання, лише залежно від характеру вчиненого злочину; неправильність ототожнення психічних розладів і психічних захворювань і доцільність узагальненого законодавчого описання медичного критерію неосудності; існування випадків затримки психічного розвитку неповнолітнього, не пов'язаного з психічним розладом; недоцільність встановлення верхньої вікової межі, з якої не буде наставати кримінальна відповідальність; необхідність розрізняти обставини, що виключають кримінальну відповідальність, та обставини, що виключають злочинність діяння; співвідношення непереборної сили і непереборного фізичного примусу; належність висновку про осудність або неосудність особи до компетенції суду, а не експерта.

Зауваження.

1. Одне з положень, що висувуються на захист і становлять наукову новизну, дисертант формулює таким чином: «... нижня вікова межа, яка визначає, з якого моменту може наставати кримінальна відповідальність, виконує стосовно осудності обслуговуючу функцію, і самостійного кримінально-правового значення не має. Законодавець використовує її для того, щоб визначити, з якого моменту стосовно особи діє презумпція осудності, і до якого моменту діє неспростовна презумпція неосудності особи» (с. 15–16, 155, 179). Передусім постає питання, наскільки виправданим є розміщення згаданого положення в номінації наукової новизни «вперше», позаяк про відповідний зв'язок між осудністю і віком, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вітчизняні дослідники вже писали. Наприклад, у науково-практичному коментарі до ст. 18 КК України А.А. Музика зазначає: «Навіть у психічно здорової людини ... здатність свідомості і волі виникає лише при досягненні певного віку. Саме тому КК встановлює конкретний вік, з якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності» (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К., 2010. – С. 77).

Стосовно особи, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, на мою думку, не варто вести мову про «неспростовну презумпцію неосудності особи» – при чому ні з точки зору чинного КК України, ч. 2 ст. 19 якого пов'язує неосудність лише із психічним розладом (хворобливим станом психіки), ні навіть з точки зору кримінально-правової норми про неосудність, удосконаленої у напрямі, запропонованому дисертантом (у цьому разі про відставання у психічному розвитку як причину так званої вікової неосудності не йдеться). Скоріше за все, тут треба говорити про неспростовну презумпцію відсутності осудності особи, хоч і така позиція є доволі умовною. За великим рахунком, особа, якій на момент вчинення суспільно небезпечного діяння не виповнилось 14 (16) років, не визнається суб'єктом злочину не через те, що вона не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними, а тому, що так питання про мінімальний вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вирішив український законодавець. Як справедливо зауважує Н.М. Ярмиш, у «типовості» того, що сучасна дитина, яка не досягла 14-річного віку, не усвідомлює характеру і значення дій, заборонених кримінальним законом, можна сильно засумніватись. Уявимо собі, що завтра законодавець, врахувавши зміни у світі, у тому числі більш раннє духовне дозрівання дітей, знизить вік кримінальної відповідальності, скажімо, до 13 років. Так що – і тринадцятирічні особи моментально перетворяться у повноцінних, наділених свідомістю і волею членів суспільства, спроможних нести відповідальність за свої вчинки? (див.: Ярмиш Н.Н. К вопросу о признаках действия в поведении лиц, признанных невменяемыми, а также не достигших возраста уголовной ответственности // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 2. – С. 92–93).

Теза здобувача про «обслуговуючу» (щодо осудності) функцію віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, і про те, що цей мінімальний вік «самостійного кримінально-правового значення не має», видається занадто категоричною, однобічною. Адже при визначенні вказаного віку і кола тих злочинів, за вчинення яких кримінальна відповідальність може наставати з 14-річного віку, законодавець бере до уваги (має брати до уваги) не лише рівень психофізіологічного розвитку неповнолітніх певного віку, а й інші чинники, щодо переліку і змісту яких у сучасній кримінально-правовій доктрині єдності не досягнуто (див., наприклад: Душкина Е.О., Плешаков А.М. Отставание в психическом развитии несовершеннолетнего как основание для исключения уголовной ответственности (теоретические и прикладные проблемы). – М., 2008. – С. 20–41; Байбарин А.А. Уголовно-правовая дифференциация возраста: монография. – М., 2009. – С. 54–109). Власне кажучи, про це пише і дисертант, зазначаючи, що законодавець, встановлюючи мінімальний вік, з якого можлива кримінальна відповідальність, враховує, зокрема, здатність особи зазнати негативні наслідки від притягнення до кримінальної відповідальності, гуманістичні міркування, пов'язані з тим, що кримінальна відповідальність має ресоціалізовувати неповнолітнього, а не травмувати його (с. 150). Показово, що, обґрунтовуючи положення про зниження віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, В.М. Бурдін посилається у тому числі на сучасну криміногенну ситуацію в Україні (див. Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: монографія. – К., 2004. – С. 37–40).

Таким чином, осудність і вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність особи, – взаємопов'язані і водночас (як це, до речі, впливає зі ст. 18 КК України) самостійні ознаки поняття «суб'єкт злочину», на відносинах підпорядкованості між якими я б увагу не акцентував. Фактично цю обставину визнає і дисертант, слушно стверджуючи: «Осудність та вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, – це різні кримінально-правові поняття, які виконують, відповідно, і різні функції у кримінально-правовому регулюванні» (с. 142).

2. Прагнучи відшукати в нашій кримінально-правовій спадщині аргументи на користь наскрізної ідеї свого дисертаційного дослідження – ідеї диференціації причин неосудності, В.М. Бурдін інколи досить вільно інтерпретує положення, закріплені в пам'ятках вітчизняного кримінального законодавства. Так, він зазначає: «Якщо спершу до причин неосудності зачисляли тільки психічні розлади, які на початках розглядали як вроджене та набуте безумство, то вже з середини ХІХ ст. законодавець вважав такими причинами й інші обставини, в

тім числі й об'єктивного характеру, які могли виключати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою. Радянське кримінальне законодавство відкинуло усі положення щодо причин неосудності, які містилися у попередньому законодавстві, залишивши лише одну причину – психічний розлад» (с. 80).

Із наведених у дисертації положень актів дореволюційного кримінального законодавства, починаючи з Військового артикула Петра І і закінчуючи Кримінальним уложенням 1903 р. (с. 54–60), впливає інше: обставини, що можуть виключати свідомо-вольовий контроль особи за своєю поведінкою, визнавалися у цих актах не причинами неосудності, а причинами, що виключали ставлення у вину (інакше кажучи, виключали кримінальну відповідальність). Подібний підхід спостерігається в сучасному кримінальному законодавстві держав – представниць романо-германської правової системи, де норми про неосудність розміщені поряд з іншими нормами, що регламентують, як відзначає сам дисертант, «найрізноманітніші за своєю правовою природою обставини, які виключають кримінальну відповідальність» (с. 68), – малозначність, необхідну оброну, виконання наказу, недосягнення віку кримінальної відповідальності, фізичний примус тощо.

Здобувач стверджує, що активний розвиток психіатричної науки наприкінці ХІХ ст. призвів до гіперболізації психічних розладів серед причин неосудності (с. 14, С. 388). Може так це і було, однак єдиного наведеного у тексті роботи історичного факту (зібрання у 1883 р. у Петербурзі товариства психіатрів, де обговорювалось поняття неосудності) явно замало для обґрунтування цього положення, яке висувається на захист у рубриці наукової новизни «вперше».

На С. 64 дисертації здобувач, підкреслюючи притаманну радянському кримінальному законодавству відсутність спадковості положень дореволюційного законодавства, пише: «Починаючи з 1918 р. законодавець відмовився від диференціації причин неосудності, гіперболізуючи в цьому відношенні значення різного роду психічних розладів». Однак якщо вказана гіперболізація і мала місце, то вона, вочевидь, спостерігалась раніше – ще до жовтневого перевороту 1917 р., коли розроблялось та ухвалювалось Кримінальне уложення 1903 р. Крім цього, викладаючи ст. 17 КК УСРР 1922 р., дисертант не звернув увагу на положення, так би мовити, співзвучне основній ідеї його роботи. Йшлося про те, що покаранню не підлягала особа, яка вчинила злочин не лише в стані хронічної душевної хвороби чи тимчасового розладу душевної діяльності, а і в такому стані, коли вона не могла віддавати звіт у своїх діях. У коментарі до ст. 17 КК УСРР 1922 р. М.М. Паше-Озерський з цього приводу писав, що відповідний стан може бути наслідком, наприклад, хвороби (не обов'язково психічної), органічних причин (наприклад, сну), ненормальних станів організму, викликаних крайнім збудженням або вживанням одурманюючих речовин (наркотиків, алкоголю тощо) (див.: Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К., 1925. – С. 61). Ст. 10 КК УСРР 1927 р. до причин неосудності відносила не лише хронічну душевну хворобу і тимчасовий розлад душевної діяльності, а і будь-яку іншу хворобу (треба так розуміти – не обов'язково психічну). То хіба можна закидати радянському законодавцю цілковите ігнорування положення про диференціацію причин неосудності?

При висвітленні питання про розвиток в історії вітчизняного кримінального законодавства положень про неосудність та неосудність дисертанту бажано було звернутися до альтернативного проекту КК України – проекту КК, підготовленого за завданням Комісії Верховної Ради України 12-го скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю колективом авторів на чолі з В.М. Смітєнком і внесеного на розгляд Верховної Ради України народним депутатом О.Б. Матковським. У ст. 24 цього законопроекту осудність визначалась як спроможність фізичної особи усвідомлювати караність своєї дії чи бездіяльності або можливість настання наслідків, що тягнуть за собою кримінальну відповідальність, та керувати своєю поведінкою. Висловлю припущення, що аналіз викладеного визначення призвів би здобувача до думки про те, що положення про самостійність і, відповідно, незамінність одна одною ознак «усвідомлення діяння» та «передбачення наслідків» при визначенні понять осудності та неосудності не сформульоване ним «вперше» (с. 15 дисертації), а все ж «удосконалено».

3. На підставі вивчення матеріалів правозастосовної та експертної практики дисертант стверджує, що «у більшості випадків експерти перебільшують значення окремих видів психічних захворювань і не досліджують з урахуванням наявної доказової бази питання про те, як певне захворювання вплинуло на можливість особи здійснювати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою» (с. 238). Зазначається також, що випадки, коли слідчі не погоджуються з висновками експертів про те, що особа не могла усвідомлювати свої діяння та керувати ними, є поодинокими (с. 240). Справді, наявність в особи психічного розладу не повинна автоматично призводити до висновку про неосудність цієї особи. За таких обставин трохи дивно виглядає позиція здобувача, який обмежується констатацією існуючого стану і не задумується над тим, яким чином можна і треба змінювати на краще ситуацію, пов'язану із встановленням зумовлених психічними розладами інтелектуальної та вольової ознак неосудності. Принаймні в адресованих Верховному Суду України пропозиціях щодо внесення змін до деяких постанов Пленуму (с. 409–412) про вказаний проблемний аспект застосування ч. 2 ст. 19 чинного КК України, а саме про переоцінку значущості медичного критерію при вирішенні питання про осудність (неосудність) особи – жодного слова.

4. Складно погодитись із твердженням дисертанта про те, що «в чинному КК України прямо не передбачено можливості застосування примусових заходів медичного характеру разом з покаранням, а тому пропозиції вчених щодо можливості їхнього одночасного застосування можна розглядати лише в порядку *de lege ferenda*» (с. 219). Існуюча судова практика, у межах якої до обмежено осудних осіб поряд із призначенням покарання застосовується надання амбулаторної психіатричної допомоги як примусовий захід медичного характеру, ґрунтується на ч. 2 ст. 20, ст. 93 і ст. 94 чинного КК України і, на мій погляд, формальних заперечень викликати не може. Також не зовсім зрозуміло, яке порушення принципу рівності громадян перед законом залежно від покарання, призначеного обмежено осудному, мав на увазі здобувач (с. 220), якщо за змістом ст. 20 і ст. 94 КК надання обмежено осудній особі амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку не обумовлюється призначенням їй певного виду покарання. Як роз'яснюється в п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування», вказана допомога може надаватись обмежено осудним особам незалежно від виду призначеного їм покарання: якщо воно пов'язане з позбавленням волі, то здійснення зазначеного примусового заходу медичного характеру покладається на медичну службу кримінально-виконавчої установи, а якщо не пов'язане – на психіатричний заклад органу охорони здоров'я за місцем проживання засудженого. Інша річ, що в плані вдосконалення законодавства слід задумуватись над тим, наскільки суть і призначення примусових заходів медичного характеру узгоджуються з медичним критерієм обмеженої осудності, чи виправданим у розглядуваній ситуації є подвійний вплив з боку держави на порушника кримінально-правової заборони і чи не варто обмежено осудним особам психіатричну допомогу надавати на добровільних засадах.

Про це цілком доречно розмірковує і дисертант (с. 221–222), допускаючи, щоправда, некоректне висловлювання про «можливість застосування до осіб, визнаних обмежено осудними, примусових заходів медичного характеру лише за їхньої згоди» (с. 18). На відміну від інших видів психіатричної допомоги, примусові заходи медичного характеру, як це випливає з розділу II Закону України від 22 лютого 2000 р. «Про психіатричну допомогу», застосовуються за відсутності прохання або усвідомленої згоди особи. Крім цього, вважаю, що робота лише виграла, якби її автор спростував аргументи окремих вітчизняних дослідників, переконаних у необхідності примусового лікування осіб, визнаних обмежено осудними (див., наприклад: Лень В.В., Книга М. М. Примусові заходи медичного характеру: історія, стан, тенденції. – Запоріжжя, 2010. – С. 102–107; Приходько Т.М. Проблема обмеженої осудності в кримінальному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – С. 14–16; Клименко В.А., Первомайський В.Б., Приходько Т.М. Обмежена осудність: поняття, критерії та примусове лікування. – К., 2011. – С. 140–163, С. 166–167).

5. В.М. Бурдін не погоджується з тим, що застосування до осіб, які визнані обмежено осудними, примусових заходів медичного характеру треба розглядати як специфічну форму реалізації кримінальної відповідальності. Свою позицію науковець аргументує тим, що: 1) правова природа примусових заходів медичного характеру є однаковою, а тому незрозуміло, чому в одних випадках їх застосування визнається формою реалізації кримінальної відповідальності, а в інших – ні; 2) серед цілей примусових заходів медичного характеру ст. 92 КК України не називає виправлення особи, яка вчинила злочин, при тому, що таке виправлення є метою застосування кримінальної відповідальності; 3) застосування примусових заходів медичного характеру не обмежується конкретними строками у той час, як будь-яка форма реалізації кримінальної відповідальності має чітко визначений кінець (с. 220–221).

Висловлені дисертантом аргументи спонукають висловити такі міркування. Цілком очевидно, що за умов відсутності законодавчого визначення кримінальної відповідальності віднесення до останньої тих чи інших кримінально-правових заходів залежить від того, як саме ми розуміємо кримінальну відповідальність. Так, автор цих рядків визначає кримінальну відповідальність як особливий кримінально-правовий інститут, у межах якого здійснюється реагування держави на вчинений злочин і який полягає у здійснюваному судом в обвинувальному вироку осуді порушника кримінально-правової заборони та, як правило, у застосуванні щодо нього заходів кримінально-правового впливу. У наведене розуміння кримінальної відповідальності «вписуються», зокрема, примусові заходи медичного характеру – за умови, що за їх допомогою здійснюється реагування держави на злочин. В юридичній літературі поліфункціональність примусових заходів медичного і виховного характеру справедливо вбачається у тому, що вони можуть означати реалізацію кримінальної відповідальності (див.: Курганов С. Меры уголовно-правового характера // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 59–60).

Виправлення особи є однією з цілей покарання (ч. 2 ст. 50 КК), а не кримінальної відповідальності. Якщо врахувати нетотожність понять «кримінальна відповідальність» і «покарання», а також дискусійність у доктрині питання про цілі кримінальної відповідальності та їх співвідношення з функціями такої відповідальності (див., наприклад: Голина В.В. Судимість: монографія. – Х., 2006. – С. 84–87; Хачатуров р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: монография. – СПб., 2007. – С. 419–491, 681–722; Филимонов В.Д. Уголовная ответственность по российскому законодательству. – М., 2008. – С. 165–183), немає достатніх

підстав вимагати, щоб примусові заходи медичного характеру, коли їх застосування означає реалізацію кримінальної відповідальності, мали на меті у тому числі виправлення того, хто вчинив злочин. Та обставина, що примусові заходи медичного характеру призначаються не на певний строк, також не може слугувати спростуванням їх належності до кримінальної відповідальності. Адже із загального правила, згідно з яким кримінальна відповідальність залежно від форми реалізації має чітко виражений кінець, можуть бути й винятки. Так, кінцева межа кримінальної відповідальності відсутня у випадку призначення довічного позбавлення волі, якщо актом помилування це покарання не було замінено позбавленням волі на певний строк. Разом з тим я погоджуюсь з дисертантом у тому, що застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, визнаних обмежено осудними, не варто розглядати саме як особливий різновид реалізації кримінальної відповідальності. Своєрідність зазначеної психіатричної допомоги полягає, як вже зазначалось, у тому, що вона надається обмежено осудним особам у примусовому порядку одночасно з відбуванням покарання, призначеного за вироком суду, – покарання, як пов'язаного з позбавленням волі, так і не пов'язаного з ним. Таким чином, застосування одного із примусових заходів медичного характеру до обмежено осудних осіб, хоч і означає реалізацію кримінальної відповідальності, позбавлене самостійного характеру, оскільки згідно з чинним законодавством відбувається у межах відбування призначеного покарання.

6. Віддаючи належне аргументам дисертанта на користь наукової позиції, згідно з якою стан обмеженої осудності має розглядатись як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність (с. 206–207), водночас зауважу, що мені особисто більше імponує виражений підхід вітчизняного законодавця, який не уточнює характер впливу стану обмеженої осудності на обрання конкретної міри покарання. Судячи з ч. 2 ст. 20 КК України, котра виключає будь-яку імперативність з питання про кримінально-правові наслідки обмеженої осудності, цей стан при призначенні покарання самодостатнього значення не має і повинен враховуватись судом в сукупності з іншими обставинами, що характеризують вчинений злочин та особу винного. Існують, як відомо, психічні аномалії, що свідчать не про понижену, а, навпаки, про підвищену суспільну небезпеку особи (наприклад, різноманітні сексуальні перверзії). Психічні розлади, які утворюють медичний критерій обмеженої осудності, можуть бути юридично нейтральними у тому сенсі, що не справляють впливу на суспільну небезпеку конкретного злочину, у зв'язку з чим пом'якшення покарання особам із такими розладами на підставі ч. 2 ст. 20 КК буде несправедливим. Наприклад, патологія статевого потягу, знижуючи інтелектуально-вольові здібності винного, може вплинути на суспільну небезпеку вчиненого злочину проти здоров'я чи статевої свободи особи, однак навряд чи повинна братись до уваги при обранні міри покарання за вчинений таким аномальним суб'єктом злочин у сфері службової діяльності. З огляду на викладене, приєднуюсь до тих дослідників, які обстоюють положення не про обов'язковість, а про факультативність пом'якшення покарання особам, визнаним обмежено осудними.

Висвітлення питання про кримінально-правове значення сп'яніння (с. 208–213) у підрозділі 3.2 «Обмежена осудність у механізмі індивідуалізації кримінальної відповідальності» вимагало від дисертанта зробити відповідні застереження. Адже призначення покарання за наявності обмеженої осудності з точки зору чинного КК України не можна пов'язувати із вживанням особою алкоголю, наркотичних та інших одурманюючих речовин. Інакше кажучи, з юридичної точки зору у випадку вчинення злочину у стані сп'яніння особа не може розраховувати на визнання її обмежено осудною. Залишилась поза увагою здобувача і висловлена в юридичній літературі пропозиція доповнити ст. 20 КК України приміткою, в якій би прямо вказувалось на те, що особа, яка вчинила злочин у стані сп'яніння, не визнається обмежено осудною (див.: Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький, 2010. – С. 165).

7. Обґрунтовуючи необхідність виключення з КК України ч. 3 ст. 19, згідно з якою не підлягає покаранню той, хто вчинив злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворів на психічну хворобу, В.М. Бурдін стверджує, що це положення не стосується матеріального кримінального права, оскільки тут йдеться про обставину, що перешкоджає процесуальному провадженню у кримінальній справі (с. 341–344). Вважаю таку однобічну оцінку юридичної природи припису, закріпленого в ч. 3 ст. 19 КК, не зовсім прийнятною. Особа, в якій після вчинення злочину виникли серйозні проблеми з психікою, позбавляється можливості не лише брати участь у процесуальних діях, усвідомлювати суть пред'явленого обвинувачення і здійснювати свій захист, а і сприймати покарання з його цілями кари, виправлення засудженого та превенції, що позбавляє сенсу призначення їй цього покарання. Подібну інтерпретацію причини існування розглядуваного матеріально-правового припису пропонує, зокрема, В.Я. Тацій. На його погляд, застосування покарання до особи, яка під час вчинення злочину була осудною, але після його вчинення до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними, «по-перше, суперечило б принципу гуманізму, а по-друге, не могло б забезпечити мети покарання» (див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К., 2003. – С. 60). В.С. Трахтеров визначав юридичний критерій некараності осіб, які захворіли на психічну хворобу вже після вчинення злочину, як неспроможність особи усвідомлювати, розуміти обвинувальний вирок, свідомо й розумно поставитись до призначення і здійснення покарання (див.: Назаренко Г.В. Уголовно-релевантные психические состояния

суб'єкта преступлення и лиц, совершивших общественно опасные деяния: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2001. – С. 139). Отже, пов'язувати ч. 3 ст. 19 КК України лише з процесуальними перепонами для розслідування кримінальної справи, як це робить здобувач, не слід.

Дисертант пише, що різного роду обставини суб'єктивного чи об'єктивного характеру, які виникають після вчинення злочину, не можуть змінювати суті матеріального кримінального правовідношення. Залежно від часу виникнення таких обставин їх пропонується розглядати як перешкоду для розслідування кримінальної справи або як перешкоду для реалізації вже покладеної на особу кримінальної відповідальності (с. 18, 349, 386, 400). Вважаю, що висуненню подібного роду теоретично-узагальнюючих висновків мав би передувати аналіз вироблених доктриною підходів щодо суті і реалізації кримінально-правових відносин та їх співвідношення з кримінально-процесуальними і кримінально-виконавчими відносинами. Іншого (порівняно з дисертантом) висновку щодо впливу об'єктивних і суб'єктивних чинників на кримінально-правові відносини дійдемо ми, якщо будемо виходити з розуміння юридичних фактів у механізмі кримінально-правового регулювання як різних за характером і змістом життєвих обставин, з якими кримінально-правові норми пов'язують, перш за все, виникнення, існування, зміну чи припинення кримінально-правових відносин (див.: Шапченко С.Д. Механізм кримінально-правового регулювання в правовій системі України: поняття та структура // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Випуск 46. – 2000. – С. 64). За цього підходу такі обставини, наприклад, як смерть того, хто вчинив злочин, захворювання до постановлення вироку особи, яка вчинила злочин у стані осудності, на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, декриміналізація діяння, примирення потерпілого з обвинуваченим у кримінальних справах так званого приватного обвинувачення, звільнення особи від кримінальної відповідальності, треба визнавати юридичними фактами, що припиняють охоронні кримінально-правові відносини та унеможливають реалізацію прав та обов'язків суб'єктів цих правовідносин.

Переконаний, що будь-яке рішення суду, яке змінює правовий статус особи при реалізації щодо неї кримінальної відповідальності, має ухвалюватися на основі відповідної матеріально-правової підстави (це щодо пропозиції здобувача виключити з КК України ст. 84 – у тій частині, в якій ця стаття передбачає звільнення від відбування покарання за хворобою).

8. Висвітлюючи гостро дискусійну проблему так званої спеціальної неосудності, дисертант демонструє невинуватим вибірковість в опрацюванні наукової літератури. За винятком автореферату докторської дисертації В.А. Мисливого і журнальної статті Л.П. Брич і В.О. Навроцького, свої міркування щодо невідповідності психофізіологічних можливостей особи вимогам кримінально-значимої ситуації (с. 271–290) В.М. Бурдін ґрунтує лише на працях радянських і російських криміналістів, не вважаючи за потрібне звертатись до робіт українських дослідників, присвячених вказаній кримінально-правовій проблемі (див., зокрема: Борисов В.І., Пашенко О.О. Злочини проти безпеки виробництва: поняття та види. Кримінальна відповідальність за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки: монографія. – Х., 2006. – С. 215–219; Пашенко О.О. До питання про спеціальну (професійну) осудність в кримінальному праві // Питання боротьби із злочинністю. Збірник наук. праць. Випуск 13. – Х., 2007. – С. 119–125; Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. – К., 2002. – С. 499–505; Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: монографія. – Х., 2001. – С. 284–286; Шеховцова Л.І. Емоційний стан особи, яка вчинила злочин, за кримінальним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2007. – С. 11, 102, 141, 204–205). І це при тому, що серед вітчизняних науковців зустрічаються як прибічники концепції «спеціальної неосудності», так і її супротивники, переконані в тому, що проблема невідповідності суб'єктивних (психофізіологічних або професійних) якостей осіб, задіяних у системах «людина-машина» і «людина-людина», вимогам екстремальних умов або нервово-психічних перевантажень має вирішуватись у межах суб'єктивної сторони злочину – під кутом встановлення у заподіянні суспільно небезпечних наслідків необережної форми вини або казусу.

9. Стосовно емпіричної бази дослідження: у дисертації бажано було б запропонувати узагальнені дані вивчення матеріалів правозастосовної та експертної практики, а не зводити їх використання до простого наведення конкретних прикладів. Потребує уточнення справжня кількість кримінальних справ, вивчених дисертантом. Адже показник у понад 600 справ позначає у дисертації і загальну кількість кримінальних справ, проаналізованих здобувачем (с. 13–14), і кількість вивчених кримінальних справ лише щодо тих осіб, які вчинили злочини у стані сп'яніння (с. 363).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ К.В. КАЗАНЦЕВОЇ «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ ЗДАЧІ ДОРОГОЦІННИХ МЕТАЛІВ І ДОРОГОЦІННОГО КАМІННЯ»¹

Традиційно при обґрунтуванні актуальності теми дисертаційного дослідження, присвяченого складу конкретного злочину і кримінальній відповідальності за нього, розкривається суспільна небезпека того чи іншого кримінально караного діяння. Цілком очевидно, що суспільна небезпека порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння (не має значення – кримінально- або адміністративно-караного) полягає в заподіянні шкоди фінансовим інтересам держави в частині формування Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України та її золотого запасу. З приводу небезпеки відповідних посягань для фінансового благополуччя держави в юридичній літературі слушно зазначається, що фальшування грошей, відсутність золотовалютного запасу, економічне знищення суб'єктів господарювання (банкрутство, рейдерство) і бюджетний дефіцит – все це рано чи пізно призведе до втрати політичного суверенітету будь-якої країни без зовнішнього воєнно-агресивного втручання (див.: Лапшин В.Ф. Финансовые преступления. – М., 2009. – С. 5–6). Разом з тим, завершуючи свого часу роботу над кримінально-правовою характеристикою злочину, передбаченого ст. 214 КК України, я вимушений був констатувати притаманну цій заборонній нормі неузгодженість положень кримінального і регулятивного законодавства, здатну викликати суперечливі тлумачення КК і проблеми із застосуванням вказаної норми на практиці (див.: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К., 2003. – С. 588–589). Як довела своїм дисертаційним дослідженням К.В. Казанцева, вказані міркування виявились пророчими, а значною мірою «списана» зі ст. 192 КК РФ норма КК України про відповідальність за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння – мертвонародженою.

Сама постановка розглядуваної кримінально-правової проблеми, яка ситуативно склалась внаслідок ухвалення сумнозвісного та ініційованого певною лобістською групою Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» і виключення на його підставі з КК України низки норм (зокрема, ст. 214), зайвий раз актуалізує тезу про нетотожність кримінального права і кримінального закону. Розвиваючи цю тезу, слід пригадати слова В.О. Навроцького про те, що правова наука, крім всього іншого, покликана з'ясовувати, чи якісним є кримінальний закон та якою мірою цей закон відповідає вимогам кримінального права як інструмента не держави, а суспільства. Те, що значення рішення законодавця позбутись ст. 214 КК із погляду розвитку кримінально-правової науки не варто в жодному разі перебільшувати, підтверджується зверненням до Паспорту спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право, затвердженого постановою президії ВАК України від 21 травня 2008 р. № 38-06/6. Згідно з цим документом до перспективних напрямів досліджень у галузі науки кримінального права належать, зокрема, можливості кримінального права в сфері протидії злочинності, соціальна та криминологічна обумовленість кримінального закону, закономірності і тенденції його розвитку та вдосконалення.

У розділі 1 дисертації висвітлюються загальні засади криміналізації порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння. Включені до цього розділу підрозділи, присвячені історії розвитку вітчизняного законодавства про відповідальність за незаконні діяння, пов'язані з обігом дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, і відповідному зарубіжному досвіду, забезпечили рецензованому дослідженню бажану фундаментальність, є корисними. З огляду на гостру дискусійність питання, чи має в сучасних умовах порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння тягнути за собою саме кримінальну відповідальність, не можна було уникнути і розгляду питання про соціальну зумовленість криміналізації зазначеного правопорушення (підрозділ 1.3). У розділі 2 дисертації докладно і всебічно аналізується склад злочину, передбаченого ст. 214 КК України, а в розділі 3 роботи розкриваються питання відмежування досліджуваного злочинного посягання від складів інших правопорушень (у тому числі суміжних складів злочинів), а також його караності. Особливістю джерельної бази дисертації К.В. Казанцевої є широке (однак не на шкоду кримінально-правовій матерії) використання здобутків таких специфічних галузей знань людини, як гемологія і мінералогія, що підтверджується у тому числі оригінальними додатками до роботи.

Наукова новизна дисертації К.В. Казанцевої полягає в тому, що ця робота є першим в Україні монографічним дослідженням проблем кримінальної відповідальності за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння. Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: доцільність розгляду генези кримінально-правових заборон, присвячених незаконним діянням у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, у зв'язку із розвитком відповідного регулятивного законодавства; тісний зв'язок кримінально-правової охорони належного порядку обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного

¹ Захист відбувся 14 грудня 2011 р. у Національній академії внутрішніх справ.

каміння з існуючим у державі соціально-економічним механізмом; виокремлення в історії кримінально-правової охорони відносин у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння трьох періодів – домонопольного, монопольного і післямонопольного; невдалий назви розділу VII Особливої частини чинного КК України; наявність складу злочину, передбаченого ст. 214 КК, у випадку ухилення від здачі на афінаж, вчиненого суб'єктом господарювання, що здійснює переробку мінеральної сировини; необхідність виключення з диспозиції ст. 214 КК вказівки на обов'язок здачі на афінаж скуплених дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, ювелірних чи побутових виробів з них або брукху таких виробів; визнання злочинним ухиленням від продажу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння випадків продажу зазначених цінностей іншим покупцям, що виключає їх продаж державі; пов'язування моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 214 КК, із терміном виконання відповідного цивільно-правового договору – договору купівлі-продажу на проведення афінажу або форвардного контракту; належність суб'єкта злочину, передбаченого ст. 214 КК, до числа спеціальних; визнання додатковою підставою кваліфікації за ст. 214 КК України нормативно-правових актів, що регулюють діяльність у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння; кваліфікацію вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 191 і ст. 214 КК, а так само ст. 240 і ст. 214 КК; можливість замаху у злочинах, вчинюваних шляхом бездіяльності.

Зауваження.

1. Ключове питання кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 214 КК України, – питання, чи не є ця норма виявом надмірної криміналізації, інакше кажучи, втручанням кримінального закону у сферу, де можна було обійтись більш м'якими видами юридичної відповідальності. Будучи переконаною в правильності здійсненої в 2001 р. криміналізації досліджуваного правопорушення і завершуючи підрозділ 1.3, присвячений соціальній зумовленості кримінальної відповідальності за порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, здобувач пише, що «у законодавця, безсумнівно, були усі необхідні і достатні соціально-економічні, нормативні, кримінологічні та соціально-психологічні фактори обґрунтованості зазначеної кримінально-правової норми» (с. 59). Як і дисертант, я не сумніваюсь у необхідності підвищення ефективності державного контролю за діяльністю суб'єктів господарювання, які здійснюють операції з дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням. Щоправда, у дисертації К.В. Казанцевої дуже чітко продемонстровано, що обов'язок здачі на афінаж дорогоцінних металів передбачає укладення договору купівлі-продажу з афінажним підприємством, а обов'язок продажу дорогоцінностей – укладення форвардного контракту. Фактично відповідно до ст. 214 КК злочин визначається невиконанням договірних зобов'язань, допущене суб'єктом господарювання, який здійснює діяльність у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння на підставі отриманої у встановленому порядку ліцензії. І такий цивільно-правовий делікт не поєднується з наявністю будь-якої криміноутворюючої ознаки на кшталт насильства, злісності або обману. То чи не варто існування ст. 214 КК України розцінювати як порушення принципу економії кримінально-правової репресії, який передбачає, що до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто звертатись лише в тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї?

2. Викликає заперечення запропоноване здобувачем визначення видового об'єкта злочину, передбаченого ст. 214 КК, як суспільних відносин «в рамках встановленого порядку здійснення господарської діяльності, а саме правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» (с. 146, 187). Виходячи з того, що видовий об'єкт – це об'єкт виду (підгрупи) близьких за характером злочинів, визначення видового об'єкта досліджуваного злочину не може містити вказівку на конкретний вид господарської діяльності: у нашому випадку – це господарська діяльність, пов'язана з обігом дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння. Висунуте дисертантом розуміння видового об'єкта видається невдалим і через те, що К.В. Казанцевій імпонує підхід П.П. Андрушка, який караний за ст. 214 КК злочин відносить до посягань на встановлений порядок здійснення господарської діяльності взагалі та окремих її видів (с. 75–76). Виходить, що зазначений порядок з точки зору чинного законодавства і має визнаватись видовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 214 КК.

Дисертант, по-перше, переконує, що цей злочин завдає шкоди сировинно-ресурсній та фінансовій безпеці держави (с. 46–51, 64), по-друге, пов'язує його безпосередній об'єкт із формуванням державного золотого запасу України і Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України (с. 79), по-третє, відзначає належність суміжного правопорушення, передбаченого ст. 189-1 КпАП, до посягань на встановлений порядок управління (с. 79). Видається, що ці обставини в аспекті вдосконалення законодавства мали б спонукати здобувача до з'ясування того, чи повинне кримінально каране порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння розглядатись насамперед у площині ліцензованої господарської діяльності і, відповідно, чи є оптимальним місце аналізованої кримінально-правової заборони в системі Особливої частини КК України.

3. На думку дисертанта, такі обставини, як існування в кримінальних кодексах України 1922 р., 1927 р. і 1960 р. норм про відповідальність за валютні правопорушення, включення в санкцію ст. 80 попереднього КК смертної кари і поява замість цієї норми у КК України 2001 р. ст. 214 свідчать «про наявний тісний зв'язок

і взаємозалежність між системою кримінально-правового регулювання та охороною суспільних відносин у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та високу правосвідомість» (с. 59, 66–67). Викладена логіка міркувань сприймається неоднозначно. Зокрема, запровадження в колишньому СРСР у 1961 р. смертної кари за порушення правил про валютні операції та спекуляцію валютними цінностями вказує хіба що на «високу правосвідомість» Микити Хрущова, який під враженням цінностей, вилучених у «валютників» Рокотова і Файбишенка, ініціював встановлення у цьому разі виняткової міри покарання (див.: Якубов А.Е. Обратная сила уголовного закона // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. – 1993. – № 2. – С. 65). У 90-ті роки минулого століття, коли спостерігалась значна «доларизація» економіки та повсякденного споживчого обігу, кримінально-правова норма про порушення правил про валютні операції застосовувалась вельми вибірково, перетворившись у зручний засіб розправи в руках правоохоронних органів, а це означало вже не правосуддя, а свавілля. То про яку і кого саме «високу правосвідомість» у зв'язку з криміналізацією валютних правопорушень варто було вести мову у вказаний період? Крім цього, злочин, передбачений ст. 214 КК 2001 р., не може розглядатись як кримінально каране посягання на систему валютного регулювання, у зв'язку з чим цю норму немає достатніх підстав визнавати наступницею ст. 80 КК 1960 р. Показовим у цьому контексті є те, що сама авторка називає неправильним віднесення ст. 214 КК до валютних відносин (с. 75).

4. Дисертант пише, що з вересня 2000 р., коли було скасовано кримінальну відповідальність за порушення правил про валютні операції, і до сьогодні в Україні за порушення законодавства про валютне регулювання була передбачена лише адміністративна відповідальність (с. 29, 31). З такою точкою зору погодитись складно, зважаючи на існування в попередньому КК України ст. 80-1 «Приховування валютної виручки», а в чинному КК України (з моменту вступу його у законну силу і до набрання чинності Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності») – ст. 207 «Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті», ст. 208 «Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків», а так само ст. 203, за якою могло кваліфікуватись здійснення банківських операцій (наприклад, купівля-продаж чи обмін іноземної валюти) особами, які не є фінансовими установами.

5. Окремі висловлювання дисертанта не відзначаються послідовністю.

Так, спочатку К.В. Казанцева пише, що в КК України 2001 р. законодавець за порушення у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння передбачив дві спеціальні норми – ст. 214 і ст. 217 КК, яка визнає злочином незаконне виготовлення, збут або використання державного пробірної клейма (с. 30). Далі єдиною спеціальною нормою, що передбачає кримінальну відповідальність за порушення законодавства у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, називається лише ст. 214 КК (с. 165).

Визначаючи мету свого дослідження, дисертант вказує на формулювання «пропозицій і рекомендацій, спрямованих на вдосконалення кримінально-правової охорони сфери обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» (с. 7). При цьому пропонується викласти в новій редакції лише ст. 214 КК, а про вдосконалення ст. 217 КК як ще однієї спеціальної кримінально-правової заборони, а також інших норм КК, за допомогою яких, за словами дисертанта, можна боротись із зловживаннями у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння (статті 201, 202, 364 КК), мова чомусь не йде. Не розглянула К.В. Казанцева і питання про доцільність включення в КК України норми, аналогічної ст. 191 КК РФ «Незаконний обіг дорогоцінних металів, природного дорогоцінного каміння і перлів».

Спростовуючи правильність точки зору, згідно з якою вчинення караного за ст. 214 КК діяння є порушенням ліцензійних умов відповідної господарської діяльності, дисертант зазначає, що обов'язок, за порушення якого у ст. 214 КК передбачена кримінальна відповідальність, «повинен бути передбачений в законі, а не в ліцензійних умовах» (с. 167). Водночас на інших сторінках роботи (наприклад, с. 115–116, 188–189) можна прочитати інше – підставою обов'язку здачі дорогоцінних металів на афінаж виступає кон'юнкція закону, ліцензійних умов і договору.

Свого часу я вказував на сумнівність вказівки в ст. 214 КК України (на відміну від ст. 192 КК РФ) на передбачену саме законом обов'язковість здавання дорогоцінних металів на афінаж (див.: Дудоров О.О. Вказана праця. – С. 585–587). Вимушений зауважити, що і після ознайомлення з відповідними фрагментами дисертації К.В. Казанцевої (с. 110–116) цей сумнів у мене залишився. Все ж обов'язок здавання дорогоцінних металів на афінаж має бути зафіксований у Законі України «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» більш чітко і однозначно, ніж тепер, що важливо у тому числі з погляду належної правової оцінки порушення такого обов'язку.

6. Вказавши, що зазначена в примітці ст. 214 КК України вартість дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння слугує критерієм розмежування передбаченого цією статтею злочину і правопорушення, передбаченого ст. 189-1 КпАП (с. 124–126, 163, 190), а так само, що це питання повинне вирішуватись з погляду вдосконалення кримінального закону (с. 191), дисертант не робить навіть спроб пояснити, чому вартість дорогоцінностей

саме в 500 НМДГ має відігравати в цьому разі роль криміноутворюючої ознаки. Таким чином, маємо справу з доволі поширеною для вітчизняних дисертацій з кримінального права ситуацією, коли властива чинному КК України довільність кількісних показників, які характеризують ознаки складів конкретних злочинів, здобувачами не помічається.

7. На С. 159 дисертації безапеляційно стверджується: «Питанню відмежування порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння від правопорушення, передбаченого ст. 189-1 КпАП «Порушення порядку видобутку, виробництва, використання та реалізації дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівдорогоцінного каміння», увага науковців взагалі не приділялась». Проглянувши сторінки своєї монографії, я знайшов принаймні три посилання на ст. 189-1 КпАП, зроблені саме в контексті розмежування злочинних і незлочинних порушень законодавства про обіг дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння (див.: Дудоров О.О. Вказана праця. – С. 583–584, 588). Так що кримінально-правова наука і до написання рецензованої дисертації зверталась до проблеми вказаного відмежування. Інша річ, що К.В. Казанцева розглянула це питання кваліфікації досліджуваного злочину більш повно і розгорнуто. До речі, дисертанту, на моє переконання, варто було вивчити практику застосування ст. 189-1 КпАП, подолавши в такий спосіб труднощі, пов'язані з пошуком матеріалів, що склали емпіричну базу дослідження. Адже за період дії ст. 214 КК за цією нормою було порушено всього три кримінальні справи, звідки логічно випливала доцільність вивчення процесуальних документів, які складались органами державного пробірного контролю.

Констатувавши кричущу невідповідність між реальним станом кримінально-правової протидії порушенням правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, з одного боку, і поширеністю в Україні нелегального обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, з іншого (с. 56–57), здобувач, на жаль, уникла висвітлення питання про чинники латентності злочинів у цій сфері.

8. Не всі формулювання назв підрозділів дисертації можна визнати досконалими. Так, назва підрозділу 2.1 «Об'єкт і предмет порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» породжує питання, якої наукової концепції предмета злочину дотримується дисертант. А оскільки К.В. Казанцева позиціонує себе як прибічницю підходу, згідно з яким предмет злочину є факультативною ознакою об'єкта злочину (с. 79–80), згадування в назві підрозділу 2.1 дисертації предмета злочину поряд з об'єктом вважаю нелогічним кроком. Назва підрозділу 3.1 «Відмежування порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» виглядає незавершеною. Фактично тут йдеться про відмежування злочину, передбаченого ст. 214 КК, від відповідних цивільно-правових деліктів та адміністративних проступків (с. 155–164), у зв'язку з чим в назві згаданого підрозділу варто було вказати на відмежування аналізованого кримінально караного діяння від незлочинних правопорушень, пов'язаних з обігом дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння. Назва підрозділу 3.3 «Кваліфікація порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння» не враховує того, що кваліфікація конкретного злочину нерозривно пов'язана з його відмежуванням від інших злочинів і незлочинних правопорушень. Цю обставину, до речі, визнає і сама авторка (с. 155, 164). Питанням вказаного відмежування присвячено самостійні підрозділи 3.1 і 3.2 дисертації. У підрозділі ж 3.3 розглядаються особливості застосування трьох інститутів Загальної частини кримінального права (незакінчений злочин, множинність злочинів і співучасть у злочині) при кваліфікації порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, що і мало бути відображено в назві цього підрозділу.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Р.А. ВОЛИНЦЯ «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ (СТ. 210 КК УКРАЇНИ)»¹

Актуальність теми дисертації визначається передусім суспільною небезпекою злочину, передбаченого ст. 210 КК України, яка полягає у заподіянні економічних збитків державі, порушенні бюджетного законодавства, бюджетної дисципліни і принципу розподілу влад, створенні передумов для корупції, розкрадань бюджетних коштів і масового незадоволення у суспільстві, посяганні на конституційні права громадян. Кожен громадянин України вправі розраховувати на те, що сплачені ним податки і збори використовуватимуться державою за належним призначенням, ефективно, раціонально, розумно, а випадки розтринькування бюджетних коштів будуть тягнути сувору відповідальність винних чиновників перед законом. На жаль, ці сподівання пересічного українця здебільшого не виправдовуються (див.: наприклад: Шалайський О., Трегубов В. Топ-7 схем полегшення бюджету. Рейтинг «ефективно освоєних коштів» у році, що минає // Дзеркало тижня. – 30 грудня 2011 р. – № 48). Суспільні потреби, для задоволення яких у першу чергу за допомогою податкових механізмів формується скарбниця держави, здебільшого не сприймаються населенням, якщо в країні відсутній дієвий громадський контроль за витратами держави. Видається, що в Україні, за прикладом ФРН, можна було б започаткувати практику щорічного видання «Чорної книги» – збірки 100 найбільш одіозних випадків марнотратства при використанні бюджетних надходжень. У Німеччині громадськості регулярно повідомляється про те, яким чином використовуються бюджетні кошти, які зарплати мають члени уряду, скільки коштує функціонування державної адміністрації. Все це відбувається під девізом «ніщо не приховувати» від платників податків, грошима яких фінансуються вказані потреби.

Вести мову про ефективність кримінально-правової охорони бюджетної системи України також поки що не доводиться. З одного боку, динаміка фінансових порушень під час проведення операцій з бюджетними коштами свідчить про суттєве збільшення втрат держави від цих злочинних діянь. З іншого, кількість осіб, засуджених за ст. 210 і ст. 211 КК України, є незначною. Так, протягом 2004–2008 рр. у кримінальних справах, порушених за ознаками злочинів, передбачених ст. 210 КК, було винесено всього 158 судових рішень. Як повідомляє Р.А. Волинець, кількість кримінальних справ, порушених за ст. 210 КК України і розглянутих судами, зменшується з кожним роком і становила: у 2007 р. – 30, у 2008 – 22, у 2009 р. – 8, а у 2010 р. – 4. Переважна більшість осіб, які все ж притягуються до кримінальної відповідальності за бюджетні злочини і кримінальні справи щодо яких доходять до суду, звільняються або від кримінальної відповідальності, або від відбування покарання.

Визначаючи наукову новизну роботи Р.А. Волинця, слід сказати, що з часу набрання чинності Кримінальним кодексом України 2001 р. вітчизняна доктрина на дисертаційному рівні не вперше звертається до проблем кримінальної відповідальності за порушення бюджетного законодавства. У липні 2009 р. у Київському національному університеті внутрішніх справ О.В. Тихонова захистила дисертацію «Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України», а в березні 2011 р. у Дніпропетровському університеті внутрішніх справ В.М. Руфанова – дисертацію «Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів». Однак якщо перша з названих робіт базувалась на попередніх редакціях ст. 210 і ст. 211 КК України, що істотно відрізняються від чинних редакцій цих кримінально-правових норм, то друга дисертація, хоч і містила стислий аналіз окремих новел кримінального законодавства, зумовлених ухваленням Закону України від 8 липня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України», загалом носила кримінологічний характер і присвячувалась в основному питанням кримінологічної характеристики злочинів, пов'язаних із незаконним використанням бюджетних коштів, і запобігання таким злочинам органами внутрішніх справ. Дисертація Р.А. Волинця є першим монографічним дослідженням проблем кримінальної відповідальності за нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням, яке до того ж ґрунтується на повністю оновленому бюджетному законодавстві. Крім цього, здобувачем висувається і переконливо аргументується принципово новий, позбавлений казуїстичності, притаманної чинній редакції ст. 210 КК України, системний та узгоджений з вимогами регулятивного законодавства підхід до формулювання досліджуваної кримінально-правової заборони. Якщо на сьогодні ст. 210 КК України визнає злочином всього два (названі, відповідно, у п. 24 і п. 29 ч. 1 ст. 116 БК України) порушення бюджетного законодавства, то дисертант висуває загалом конструктивну ідею криміналізувати й інші, близькі за суспільною небезпекою до безпосередньо названих у ст. 210 КК бюджетні правопорушення шляхом використання в тексті кримінального закону узагальнюючого (універсального) формулювання «здійснення витрат бюджету... а так само здійснення міжбюджетного трансферту всупереч бюджетному законодавству...».

¹ Захист відбувся 17 січня 2012 р. в Академії адвокатури України.

Вважаю, що заслуговують на підтримку пропозиції дисертанта, спрямовані на вдосконалення ст. 210 КК України в частині: використання в диспозиції ч. 1 цієї статті замість терміна «видатки» поняття «витрати», розкритого в БК України і вжитого у ст. 211 КК; недоцільності конкретизації в диспозиції у ч. 1 ст. 210 КК ознак суб'єкта злочину, передбаченого цією нормою; уніфікації визначення бюджетних коштів у кримінальному і регулятивному (бюджетному) законодавстві; виокремлення такої відмінної від незаконного здійснення витрат бюджету форми злочинної поведінки, як порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів; уточнення санкцій, передбачених ст. 210 КК України.

Сприймаються з цікавістю міркування здобувача про: наявність у злочині, передбаченому ст. 210 КК України, додаткових об'єктів; суть наукової концепції «об'єкт злочину – соціальні цінності»; доцільність виокремлення для характеристики злочинів у сфері господарської діяльності видового об'єкта; змішаний характер протиправності діяння, караного за ст. 210 КК України; розуміння кримінально караного здійснення видатків саме як безповоротного витрачання бюджетних коштів; недостатню обґрунтованість виділення значною мірою дублюючих одна одну таких форм аналізованого злочину, як нецільове використання бюджетних коштів і здійснення видатків без бюджетних призначень або з їх перевищенням; недоцільність криміналізації як окремого діяння неефективного використання бюджетних коштів; формальну конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 210 КК України; визнання платіжного доручення і підтвердних документів засобом вчинення розглядуваного злочину; безпідставність інкримінування ст. 210 КК України в тому випадку, коли службова особа діяла в стані крайньої необхідності; входження до складу групи осіб за попередньою змовою з точки зору кваліфікації за ч. 2 ст. 210 КК тільки співвиконавців; необхідність визнання службових осіб Державної казначейської служби України не виконавцями, а співучасниками злочину, передбаченого ст. 210 КК України; можливість кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених, з одного боку, ст. 210 КК, та, з іншого, зокрема, ст. 211, ст. 191, ст. 358 або ст. 366 КК України.

Зауваження.

1. Виходячи з того, що назва вдосконаленої ст. 210 КК України має предметно і лаконічно позначати зміст криміналізованих нею діянь, Р.А. Волинець пропонує таку назву цієї статті КК – «Порушення бюджетного законодавства України в процесі виконання державного бюджету України» (с. 78, с. 97, с. 191). Погоджуючись із здобувачем у тому, що назва статті КК, виконуючи інформативну функцію, повинна давати уявлення про зміст відповідної кримінально-правової заборони, водночас вважаю, що запропонована Р.А. Волинцем назва ст. 210 КК України потребує уточнень.

По-перше, ця назва, не враховуючи того, що бюджетна система України є сукупністю державного і місцевих бюджетів, не виправдано не згадує місцеві бюджети, до яких належать бюджет АРК, обласні, районні бюджети і бюджети місцевого самоврядування. Принагідно зауважу, що вадою чинної редакції ч. 1 ст. 210 КК України є те, що в цій нормі фігурує лише закон про Державний бюджет і не вказується на рішення про місцевий бюджет. По-друге, як Державний бюджет України, так і місцеві бюджети виконуються не лише за витратами, про незаконне здійснення яких йдеться у сформульованій здобувачем редакції ст. 210 КК, а і за надходженнями. Так, ст. 45 БК України присвячено виконанню Державного бюджету України за доходами. Визнає цю обставину і Р.А. Волинець, погоджуючись з тим, що каране за ст. 211 КК України видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження або збільшують витрати бюджету, посягає на встановлений порядок виконання Державного і місцевих бюджетів за доходами і видатками (с. 134). По-третє, формулювання «порушення бюджетного законодавства України в процесі виконання державного бюджету України», дозволяє охопити і деякі інші порушення бюджетного законодавства, які вказані у ст. 116 БК України та які, однак, немає підстав визнавати здійсненням витрат бюджету або міжбюджетного трансферу всупереч бюджетному законодавству. Йдеться, наприклад, про зарахування доходів бюджету на будь-які рахунки, крім єдиного казначейського рахунка, зарахування доходів до неналежного бюджету, створення позабюджетних фондів, порушення порядку відкриття і закриття рахунків в органах Державної казначейської служби України, порушення порядку реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань. З огляду на сказане, більш вдалою та (головне) узгодженою зі змістом запропонованої здобувачем диспозиції ч. 1 ст. 210 КК України видається така назва цієї статті – «Незаконне здійснення витрат бюджету або міжбюджетного трансферу».

2. Основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 210 КК України, дисертант визначає як встановлений бюджетним законодавством порядок використання фінансових ресурсів для забезпечення функцій, здійснюваних органами державної влади та органами місцевого самоврядування (с. 10, 36, 90). Загалом із таким визначенням можна погодитись. Водночас хотів би звернути увагу на те, що бюджетні кошти мають використовуватись у встановленому законодавством порядку і відмінними від органів державної влади і місцевого самоврядування бюджетними установами – організаціями, які створюються вказаними органами і повністю утримуються за рахунок, відповідно, державного чи місцевого бюджету, і одержувачами бюджетних коштів – організаціями, які не мають статусу бюджетної установи, але які на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, отримують бюджетні кошти. З урахуванням того, які конкретно порушення бюджетного

законодавства повинні тягнути за собою відповідальність за чинною редакцією ст. 210 КК України, основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого цією статтею, пропоную визначати дещо інакше, ніж це робить здобувач, – а саме як бюджетну систему України в частині встановленого порядку виконання державного і місцевих бюджетів за видатками і кредитування з бюджету. Вказаний порядок покликаний з фінансового боку забезпечити виконання державними органами, органами місцевого самоврядування, іншими бюджетними установами та одержувачами бюджетних коштів покладених на них завдань і функцій, а також своєчасне повернення до бюджетів коштів, наданих як кредити.

3. Дисертант констатує, що кошти державних цільових позабюджетних фондів, призначених для реалізації конституційних прав громадян (виплата пенсій, допомог тощо), не є бюджетними коштами, і такий стан речей негативно позначається на захисті державних фінансових ресурсів (с. 38). Думка правильна, але, на жаль, не завершена. Здобувачу варто було б висловити своє ставлення до пропозиції Н.О. Гуторової розширити предмет злочину, передбаченого ст. 210 КК України, за рахунок коштів державних і місцевих позабюджетних фондів. Свою пропозицію науковець обґрунтовувала суперечливістю законодавства, яке то відносить, то не відносить окремі державні фонди фінансових ресурсів до бюджетних фондів, а також тим, що державні позабюджетні фонди поряд із бюджетами є складовою частиною державних фінансів (див.: Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: монографія. – Х., 2001. – С. 105–106, 125, 181).

БК України 2010 р., як відомо, забороняє створення позабюджетних фондів органами державної влади, органами влади АРК, органами місцевого самоврядування та іншими бюджетними установами, звідки, на перший погляд, випливає непотрібність зазначеного розширення предмета досліджуваного злочину. Разом з тим згідно зі ст. 14 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р. кошти цільових страхових фондів (Пенсійного фонду України, Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності, Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття, Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України) не включаються до складу Державного бюджету України при тому, що кошти вказаних державних цільових фондів обслуговуються органами Державної казначейської служби України (ст. 15 Закону України від 22 грудня 2011 р. «Про Державний бюджет України на 2012 рік»). На сьогодні порушення законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке може набувати вигляду, зокрема, порушення порядку використання відповідних коштів, розцінюється як той чи інший адміністративний проступок (ст. 165-1, ст. 165-3, ст. 165-4 або ст. 165-5 КпАП), якщо у вчиненому не вбачається ознак складу злочину у сфері службової діяльності. Цікаво, що в КК РФ, до якого звертався і дисертант, починаючи з грудня 2003 р. таким злочинам, як нецільове витрачання бюджетних коштів і нецільове витрачання коштів державних позабюджетних фондів, присвячено окремі норми – відповідно, ст. 285-1 і ст. 285-2. В юридичній літературі рішення законодавця сконструювати ці два самостійні склади злочинів характеризується як необґрунтоване. Вважається, що встановлення відповідальності за нецільове витрачання бюджетних коштів і коштів державних позабюджетних фондів (до них у РФ належать Пенсійний фонд, Фонд соціального страхування і фонди обов'язкового медичного страхування) в межах одного складу злочину більшою мірою відповідало б правилам чіткості і стислості нормативних приписів (див.: Лапшин В.Ф. Злоупотребление должностными полномочиями и нецелевое расходование денежных средств: вопросы соотношения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы Шестой Международной научно-практической конференции 29–30 января 2009 г. – М., 2009. – С. 438).

І ще на одну обставину, пов'язану з коштами цільових страхових фондів, хотів звернути увагу. Справедливо визнаючи одним із додаткових об'єктів злочину, передбаченого ст. 210 КК, соціальні права громадян, Р.А. Волинець робить застереження – крім права на отримання пенсій (с. 28, 36, 91). Однак якщо виходити з існуючої на сьогодні нетотожності бюджетних коштів і коштів цільових страхових фондів, з кола соціальних прав громадян як додаткового об'єкта аналізованого злочину треба виключати і право на отримання інших (крім пенсій) страхових виплат, пов'язаних, наприклад, із безробіттям, тимчасовою втратою працездатності, нещасними випадками на виробництві та професійними захворюваннями, які спричинили втрату працездатності.

4. Не всі міркування дисертанта про бюджетні кошти як предмет злочину, передбаченого ст. 210 КК України, видаються переконливими. Так, Р.А. Волинець пише, що кошти, отримані суб'єктом небюджетної сфери, не повинні визнаватися бюджетними (с. 9, 42, 92, 178). Проте як суб'єкти небюджетної сфери можуть розглядатись і одержувачі бюджетних коштів (організації, включаючи суб'єктів господарювання, які не мають статусу бюджетної установи, але отримують бюджетні кошти для здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою). Кошти, якими оперують такі організації, не втрачають статусу бюджетних, а службові особи одержувачів бюджетних коштів визнаються суб'єктами злочину, передбаченого ст. 210 КК, з чим, до речі, погоджується і дисертант (с. 103, 106, 113 та ін.). Отже, варто уточнити, що бюджетними не визнаються кошти, які зараховані на банківські рахунки тих підприємств, установ, організацій, які не є бюджетними установами та одержувачами бюджетних коштів. При цьому при розкритті кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 210 КК України, бажано уникати вживання такого неоднозначного формулювання, як «суб'єкт небюджетної сфери».

Здобувач зазначає, що кошти, отримані бюджетною установою і перебувають в її касі, не можуть вважатись бюджетними коштами. Аргументується ця точка зору, зокрема, тим, що через свою однорідність (з точки зору цивілістики гроші є речами, визначеними родовими ознаками) гроші, утримувані в касі бюджетної установи, не можуть бути відділені від тих грошей, які бюджетна установа отримує як дохід від своєї діяльності (с. 42). Погодитись із таким обґрунтуванням складно. Адже згідно з БК України власні надходження бюджетних установ, включаючи плату за послуги, що ними надаються, включаються до складу спеціальних фондів відповідних бюджетів, у зв'язку з чим повинні визнаватись бюджетними коштами – предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК.

Р.А. Волинець послідовно наполягає на тому, що про бюджетні кошти як предмет досліджуваного злочину є підстави вести мову лише з того моменту, коли грошові кошти зараховані на єдиний казначейський рахунок (с. 9, 42, 92, 178), і мені цей підхід імпонує. Щоправда, постає питання, як з таким підходом узгоджується те визначення бюджетних коштів, яке дисертант пропонує закріпити в примітці ст. 210 КК та яке (треба так розуміти) характеризуватиме предмет злочину, передбаченого як ст. 210, так і ст. 211 КК України: «Під бюджетними коштами слід розуміти належні відповідно до законодавства надходження бюджету та витрати бюджету» (с. 40, 178, 192). Це запозичене з п. 11 ч. 1 ст. 2 БК України визначення виходить з того, що бюджетними мають визнаватись не лише наявні (ті, які перебувають на єдиному казначейському рахунку) кошти, а і заплановані в бюджеті, але ще не одержані в бюджет кошти. І таке широке розуміння бюджетних коштів навряд чи годиться для кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 210 КК, однак є цілком прийнятним для юридичного аналізу ст. 211 КК України, яка визнає злочином видання нормативно-правових актів, які змінюють у тому числі надходження бюджету у бік їх зниження або завищення. Зазначені дії стосуються коштів, які на момент видання того чи іншого акта ще не зараховані до бюджету (не перебувають на єдиному казначейському рахунку) та які у зв'язку з цим можуть визнаватись хіба що запланованими бюджетними коштами.

5. Предметом злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 210 КК 2001 р., виступають бюджетні кошти лише у великих або особливо великих розмірах. Великим розміром визнається сума, яка в тисячу і більше разів перевищує НМДГ (у 2011 р. – це 470 500 грн. і більше), а особливо великим розміром – яка у три тисячі і більше разів перевищує такий мінімум (у 2011 р. – це 1 411 500 грн. і більше). Дисертант не вважає за необхідне змінювати названі параметри предмета злочину, зважаючи на «суттєву купівельну спроможність вказаних грошових сум...» і називаючи диференціацію кримінальної відповідальності за протиправні дії саме з таким обсягом бюджетних коштів виправданою (с. 47–48, 191–193). Разом з тим В.М. Руфановою було висловлено думку про те, що законодавець у примітці ст. 210 КК України встановив завищені показники, і це є чинником, який серйозно ускладнює застосування розглядуваної кримінально-правової заборони. Вирішувати проблему пропонується, знижуючи межі розміру коштів, які становлять предмети бюджетних злочинів, і диференціюючи кримінальну відповідальність за їх вчинення, зокрема, залежно від того, були предметом цих кримінально караних діянь бюджетні кошти у значних, великих або особливо великих розмірах. Під останніми розуміються суми, які перевищують НМДГ, відповідно, у 100, 500 і одну тисячу разів (див.: Руфанова В.М. Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – С. 38, 60, 196–197). Причому свої пропозиції В.М. Руфанова як автор якісної кримінологічної роботи ґрунтує на вивченні понад 200 кримінальних справ. Інакше кажучи, зроблено серйозну спробу вирішити (хоч і фрагментарно – стосовно злочинних порушень бюджетного законодавства) фундаментальну проблему притаманної чинному КК України доволіності кількісних показників, які характеризують і предмети злочинів, і їх суспільно небезпечні наслідки. Вимушений зауважити, що цю спробу свого попередника Р.А. Волинець не помічає та, як наслідок, не оцінює.

6. Дисертант не погоджується з моєю пропозицією безпосередньо в ст. 210 КК України конкретизувати форму вини, вказавши на умисний характер злочинних порушень бюджетного законодавства, передбачених цією кримінально-правовою нормою. Стверджується, що в цьому немає потреби, оскільки умисний характер розглядуваного злочину є очевидним в силу специфіки дій, які охоплюються його об'єктивною стороною. До того ж злочини з формальним складом, за домінуючою в кримінально-правовій літературі думкою, яку поділяє і дисертант, можуть вчинятися виключно з прямим умислом (с. 120–121, 127). Видається, що дисертант суперечить сам собі, коли пише, що порушення вимог бюджетного законодавства через необережність за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 367 КК як службова недбалість (с. 123–124, 149). Виходить, що бюджетні правопорушення все ж можуть бути вчинені з необережності.

Та обставина, що законодавець у ст. 25 КК України сформулював необережність як форму вини через ставлення особи до суспільно небезпечних наслідків свого діяння, також навряд чи може слугувати безперечним контраргументом стосовно вказаної вище пропозиції, спрямованої на вдосконалення ст. 210 КК України. По-перше, у доктрині існує відмінна від пануючої і, до речі, згадана здобувачем позиція (В.І. Борисов), згідно з якою окремі статті Особливої частини КК України передбачають відповідальність за дії (бездіяльність) у вигляді порушення правил, вчинені у тому числі через необережність. Якщо ми «пристосовуємо» закріплене в ст. 24

КК визначення умислу до злочинів із формальним складом, то чому це саме ми не можемо зробити із законодавчим визначенням необережності? По-друге, дисертант пропонує доповнити ст. 210 КК частинами 3 і 4, що передбачатимуть посилену кримінальну відповідальність за кваліфіковані різновиди злочину з матеріальним складом, стосовно яких легальна дефініція необережності спрацьовуватиме без будь-якого пристосування.

7. Не зовсім послідовно вирішує здобувач питання, чи можуть притягуватись до кримінальної відповідальності за ст. 210 КК як виконавці передбаченого цією статтею злочину головні бухгалтери бюджетних установ (с. 104–105, 111, 168–169). Згідно з п. 37 Порядку складання, розгляду, затвердження та основних вимог до виконання кошторисів бюджетних установ, затверджених постановою КМУ від 28 лютого 2002 р. № 228, кошториси, плани асигнувань загального фонду бюджету, плани надання кредитів із загального фонду бюджету, плани спеціального фонду, плани використання бюджетних коштів, помісячні плани використання бюджетних коштів, а також розрахунки, які обґрунтовують показники видатків бюджету та надання кредитів з бюджету, що включаються до проекту кошторису, підписуються керівником бюджетної установи та керівником її фінансового підрозділу або головним (старшим) бухгалтером. Аналогічні положення знаходимо в наказі МФ України від 28 січня 2002 р. № 57 «Про затвердження документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету» і в Порядку обслуговування державного бюджету за видатками та операціями з надання та повернення кредитів, наданих за рахунок коштів державного бюджету, затвердженому наказом МФ від 30 вересня 2011 р. № 1233. Згідно з п. 13 Типового положення про бухгалтерську службу бюджетної установи, затвердженого постановою КМУ від 26 січня 2011 р. № 59, головний бухгалтер бюджетної установи, зокрема, підписує звітність та документи, які є підставою для проведення розрахунків відповідно до укладених договорів, приймання і видачі грошових коштів, проведення інших господарських операцій, а також здійснює контроль за відповідністю взятих бюджетних зобов'язань відповідним бюджетним асигнуванням, паспорту бюджетної програми та відповідністю платежів взятим бюджетним зобов'язанням та бюджетним асигнуванням. Саме головний бухгалтер, як правило, уповноважується установчими документами юридичної особи на підписання у тому числі розпорядчих та розрахункових документів. З огляду на сказане, визнавати суб'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК України, лише керівника головного розпорядника або розпорядника бюджетних коштів, як це робить дисертант, навряд чи правильно.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ А.В. СМІРНОВОЇ «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ СПІВУЧАСТІ В УХИЛЕННІ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ)»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження А.В. Смирнової визначається трьома моментами. По-перше, це та очевидна і незмінна вже протягом майже двадцяти років обставина, що злочинне ухилення від сплати податків і зборів порушує виконувани податковими внесками функції – фінансову, регулюючу (соціальну), контрольну і стимулюючу, а також ігнорує конституційний обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом, – обов'язок, в якому втілено публічний інтерес всіх членів суспільства і сумлінне виконання якого справедливо визнається однією з необхідних умов існування держави. При цьому сучасна держава не спроможна забезпечити своєчасну сплату податкових внесків у повному обсязі лише за допомогою методу переконання, а система оподаткування не здатна ефективно працювати без належної кримінально-правової охорони. По-друге, це ухвалення 2 грудня 2010 р. Податкового кодексу (ПК) України, що, з огляду на чітко виражений бланкетний характер кримінально-правової заборони, закріпленої в ст. 212 КК України, призводить до необхідності уточнення або навіть перегляду значної частини вироблених доктринами і практикою підходів щодо кримінально-правової оцінки порушень податкового законодавства. Не вдаючись до конкретики, скажу з цього приводу лише, що при незмінності тексту ст. 212 КК України (за винятком її ч. 4, викладеної в редакції Закону України від 2 грудня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України») під час підготовки чергового перевидання науково-практичного коментарю КК України як один із його співавторів був вимушений фактично заново переписати коментар до цієї статті КК. У зв'язку з набранням чинності ПК України потребує наукового осмислення і питання про те, наскільки відповідні приписи Кримінального кодексу узгоджуються з новелами податкового законодавства. По-третє, це дискусійність багатьох аспектів кваліфікації ухилення від сплати податків і зборів, вчиненого саме у співучасті, при тому, що специфіка співучасті при скоєнні злочину, передбаченого ст. 212 КК України, предметом самостійного монографічного дослідження в Україні поки що не виступала. Мається на увазі, зокрема: доцільність виокремлення в ч. 2 ст. 212 КК України такої кваліфікуючої ознаки ухилення від сплати податків і зборів, як вчинення цього злочину за попередньою змовою групою осіб (наприклад, сумніваються у правильності такого законодавчого кроку Н.О. Гуторова і Л.Л. Кругліков); співвідношення закріплених у ст. 28 КК України форм співучасті між собою; можливість кваліфікації за ч. 2 ст. 212 КК (за ознакою вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб) випадків ухилення від сплати податків і зборів, вчиненого у співучасті з розподілом ролей. Ще один дискусійний аспект, пов'язаний із проблематикою співучасті у злочині, породжений ухваленням Закону України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», на підставі якого в чинному КК України з'явилося нове оціночне поняття – «незначна роль» виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у вчиненні злочину; цілком очевидно, що застосування цього поняття на практиці викличе труднощі і помилки.

Визначаючи наукову новизну роботи А.В. Смирнової, слід сказати, що проблематика кримінальної відповідальності за злочинні порушення податкового законодавства належить у вітчизняній доктрині до числа активно досліджуваних, у тому числі на дисертаційному рівні. Однак комплексного монографічного дослідження теоретичних і прикладних питань кваліфікації ухилення від сплати податків і зборів, вчиненого у співучасті, в Україні не проводилось. Сприймаються з цікавістю міркування дисертанта про: надмірну оціночність поняття «незначна роль» співучасника, використаного законодавцем в ч. 2 ст. 53 КК України, та очікувані у зв'язку з цим правозастосовні проблеми; необхідність законодавчого уточнення конструкції «ухилення від сплати», що, крім всього іншого, дозволить розмежувати передбачену ст. 212 КК України злочинну поведінку і податкову мінімізацію (планування) як правомірну діяльність суб'єктів оподаткування; норми ПК України як додаткову нормативну підставу кримінально-правової кваліфікації злочинних порушень податкового законодавства, караних не лише за ст. 212 КК України; вихід безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 212 КК України, за межі родового об'єкта злочинів у сфері господарської діяльності та перейменування розділу VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері економічної діяльності» як один із можливих варіантів розв'язання цієї проблеми; неврахування при кримінально-правовій оцінці дій (бездіяльності) платника чи його службової особи за ст. 212 КК України існуючої на момент порушення податкового законодавства переплати податків і зборів, а так само заборгованості бюджету перед платником, яка виникла згідно з нормами бюджетного і цивільного законодавства; належність податкових агентів як специфічних учасників податкових правовідносин (їх службових осіб) до суб'єктів злочину, передбаченого ст. 212 КК України; залежність усвідомлення

¹ Захист відбувся 25 травня 2012 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

особою, винуватою в ухиленні від сплати податків і зборів, суспільної небезпеки своєї злочинної поведінки від усвідомлення конкретної податкової протиправності цієї поведінки; труднощі розмежування форм співучасті, закріплених у ст. 28 КК України; безпідставність переоцінювання кримінально-правового значення процедури узгодження податкового зобов'язання; невинуватість закріпленої в чинних редакціях ст. 212 і ст. 222 КК України диференціації кримінальної відповідальності за зловживання, пов'язані з використанням податкових пільг; специфіку продовжуваного ухилення від сплати податків і зборів.

Вважаю, що заслуговують на підтримку пропозиції дисертанта в частині: доповнення ст. 212 КК України вказівкою на таку особливо кваліфікуючу ознаку, як вчинення ухилення від сплати податків і зборів організованою групою; доповнення законодавчого визначення «посереднього» виконання злочину (ч. 2 ст. 27 КК України) вказівкою на використання особи, яка діє з необережності.

Зауваження.

1. Не всі міркування дисертанта щодо кримінально-правової оцінки несплати податків і зборів через необережність відзначаються послідовністю. Так, з одного боку, здобувач вказує, що і необережна несплата податків і зборів має «підвищений ступінь суспільної небезпеки», оскільки призводить до зниження рівня доходів бюджетів, і що за умов переходу до ринкових відносин за необережні порушення податкового законодавства кримінальну відповідальність мають нести не лише службові особи підприємств, установ, організацій, а й фізичні особи, включаючи підприємців (с. 24–25). З іншого боку, посилаючись на конституційний принцип верховенства права, А.В. Смирнова виступає проти кваліфікації необережної несплати податків і зборів, вчиненої службовими особами, за ст. 367 КК України як службової недбалості (с. 174–175). Стверджуючи, що вжите в диспозиції ст. 212 КК України поняття «ухилення» охоплює випадки тільки умисного невиконання обов'язку зі сплати податкових внесків (с. 56, 101), дисертант в той же час інколи використовує зворот «необережне ухилення від сплати податків» (наприклад, с. 24). Визнаючи, що чинний КК з метою досягнення однаковості і стабільності в дотриманні вимог податкового законодавства допускає оцінку необережної несплати податків і зборів службовими особами підприємств, установ, організацій як службової недбалості (с. 24), на іншій сторінці своєї роботи здобувач стверджує, що неумисні порушення і помилки, які є результатом складності застосування норм ПК України, кримінальної відповідальності не тягнуть (с. 52).

На мій погляд, встановлене в межах спростування презумпції знання закону незнання податкового законодавства або помилкове його застосування, виключаючи умисел, за наявності підстав може розглядатись як прояв необережної форми вини (злочинної недбалості) у поведінці платника податків чи його службової особи. Якщо з урахуванням конкретних обставин справи буде встановлено, що службова особа не тільки була зобов'язана, а і передбачала можливість несплати податків і зборів, то формально в її діянні є ознаки караної за ст. 367 КК України службової недбалості. При цьому є підстави констатувати невирішеність у КК України проблеми явної невідповідності законодавчої оцінки суспільної небезпеки умисного ухилення від сплати податків і зборів та несплати їх з необережності. І в цьому сенсі А.В. Смирнова, вочевидь, має рацію, коли пише про порушення принципу верховенства права. Сьогоднішній стан вітчизняного податкового законодавства і практика його застосування схилиють до думки про недоцільність в сучасних умовах криміналізації пов'язаних з необережною несплатою податкових платежів діянь, вчинених не лише звичайними фізичними особами, а і службовими особами підприємств, установ, організацій та фізичними особами – підприємцями. Така криміналізація суперечитиме принципу економії кримінально-правової репресії, соціально необґрунтовано погіршить правове становище різних категорій платників податків і за рахунок значного розширення меж кримінально караної поведінки негативним чином позначиться на цілеспрямованості кримінально-правової протидії податковій злочинності.

До речі, здобувач також відзначає, що існуюча на сьогодні система адміністрування податків і зборів є настільки складною та заплутаною, що нерідко буває проблематично з'ясувати, чи є та або інша поведінка платника податків протиправною, і такий стан речей дозволяє державним органам чинити свавілля щодо платників податків (с. 66). То хіба доречно за таких обставин говорити про підвищений ступінь суспільної небезпеки необережної несплати податків і зборів? Посилання на те, що за допомогою криміналізації необережних податкових правопорушень за умов переходу до ринкової моделі розвитку суспільства вдасться посилити податкову дисципліну, не бере до уваги хоча б той факт, що за законодавством країн із традиційною ринковою економікою податкові злочини – діяння умисні.

Для того, щоб, по-перше, покласти край застосуванню (на практиці, як правило, безпідставному) кримінально-правової норми про службову недбалість щодо пов'язаних з оподаткуванням необережних діянь працівників управлінської сфери підприємств, установ, організацій і, по-друге, чітко зафіксувати волю законодавця, який не погодився із криміналізацією необережної несплати податків і зборів під час ухвалення КК 2001 р., останній варто доповнити імперативною заборонаю універсального характеру, яка б виключала застосування ст. 367 КК України на різних етапах податкового адміністрування та усувала існуючу на сьогодні нерівність перед кримінальним законом службових осіб і фізичних осіб – підприємців.

2. Аналізуючи кримінально-правову заборону, закріплену в ст. 212 КК України, і некритично відтворюючи текст останньої, дисертант неодноразово пише про фактичне ненадходження коштів у тому числі до державних цільових фондів (с. 24, 75, 105, 184 та ін.). У запропонованій авторській редакції ч. 3 ст. 212 КК України також говориться про фактичне ненадходження коштів, сплачуваних як податки і збори, не лише до бюджетів, а і до державних цільових фондів (с. 190). Чинне раніше податкове законодавство (Закон України «Про систему оподаткування» в редакції від 18 лютого 1997 р.), справді, виокремлювало поняття державних цільових фондів, під якими розумілись фонди, що формувались за рахунок визначених законом податків і зборів юридичних і фізичних осіб (наприклад, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб). Однак згідно з ПК України як загальнодержавні, так і місцеві податки і збори зараховуються лише до відповідних бюджетів, у зв'язку з чим збереження у ст. 212 КК України вказівки на фактичне ненадходження коштів до державних цільових фондів свідчить про неузгодженість кримінального і регулятивного законодавства. Щодо фактичного ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, то на сьогодні така поведінка за певних умов охоплюється диспозицією не ст. 212, досліджуваної А.В. Смирновою, а ст. 212-1 КК України.

3. Дисертант вважає, що ухилення від сплати податків і зборів у незначних розмірах, коли сума несплачених коштів не досягає однієї тисячі НМДГ, є малозначним діянням, що охоплюється частиною 2 ст. 11 КК України (с. 90). Погодитись з такою точкою зору складно, оскільки однією з обов'язкових умов визнання діяння малозначним у контексті ч. 2 ст. 11 КК України є те, що це діяння повинно формально містити всі ознаки того чи іншого злочину, передбаченого КК. Якщо істотність шкоди безпосередньо визначена в законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка повинна бути заподіяна при вчиненні відповідного злочину (як це має місце у випадку з ч. 1 ст. 212 КК України), то недосягнення цього рівня шкоди свідчить, що діяння навіть формально не містить ознак злочину. А тому ч. 2 ст. 11 КК України не може застосовуватись щодо таких ситуацій. Оскільки мова вже зайшла про розміри злочинного ухилення від сплати податкових внесків, хотів би зазначити, що дисертація лише виграла, якби її авторка розкрила своє ставлення до використання в тексті кримінального закону горезвісного НМДГ, а також висловила з приводу проблеми притаманної чинному КК України довільності кількісних показників, які характеризують ознаки складів конкретних злочинів.

4. Дисертант висловлюється за те, щоб унеможливити звільнення від кримінальної відповідальності тих, хто вчинив ухилення від сплати податків і зборів за попередньою змовою групою осіб, та у зв'язку з цим пропонує викласти у новій редакції частину 4 ст. 212 КК України (с. 10, 170, 191). Вимушений констатувати, що сформульована А.В. Смирновою редакція цієї заохочувальної норми значною мірою не відрізняється в кращий бік від її чинної редакції. Так, пеня і фінансові санкції розглядаються в ній як складові шкоди, заподіяної державі несвоєчасною сплатою податків і зборів, з чим не можна погодитись. Адже в складах злочину, передбаченого ст. 212 КК, майнова шкода державі виступає у формі несплаченого (недоплаченого) податку і збору, який фактично не надійшов до бюджету, тобто шкода в цьому разі тотожна заподіяним суспільно небезпечним наслідкам, які з урахуванням примітки ст. 212 КК обмежуються лише величиною невиконаного податкового зобов'язання без урахування фінансових санкцій і пені. Не дивлячись на те, що завдяки зусиллям Конституційного Суду України і Верховного Суду України (див.: рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99); п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів») чітко розкрито зміст згаданого в ч. 4 ст. 212 КК звороту «притягнення до кримінальної відповідальності» (використовує цей зворот і здобувач), вважаю за доцільне безпосередньо в тексті заохочувальної норми вказати на пред'явлення особі обвинувачення як на кінцевий момент розрахунків з державою: суть заохочувальної норми у сфері оподаткування, з огляду на її прагматичне і профілактичне навантаження, має бути зрозумілою не лише для фахівців.

Висунута А.В. Смирновою редакція ч. 4 ст. 212 КК України не вносить ясності із гостро дискусійного в літературі і на практиці питання, хто в плані застосування цієї заохочувальної норми має відшкодовувати заподіяну злочином шкоду і сплачувати пеню та фінансові санкції у випадку, коли платник податку не співпадає з особою, яка притягується до кримінальної відповідальності (класичний приклад: платником податків є юридична особа, а підозрюваним у вчиненні податкового злочину – її керівник). Буквальне тлумачення ч. 4 ст. 212 КК наводить на думку про те, що ця норма не може застосовуватись у тому разі, коли податки, збори, фінансові санкції і пеня сплачені не особисто службовою особою підприємства, установи чи організації, винною у вчиненні податкового злочину (за рахунок її власних коштів), а самою юридичною особою (від її імені), хоч зрозуміло, що саме остання юридично є платником податків і зборів і на неї ж у разі вчинення податкового правопорушення накладаються фінансові санкції і пеня (більш детально про проблему погашення (в межах кримінально-правового компромісу) податкового боргу за рахунок коштів не службової особи – суб'єкта злочину, а юридичної особи, її відокремленого підрозділу як платника податків і зборів і про можливі варіанти її

розв'язання див., наприклад: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ, 2010. – С. 356–361).

Повертаючись до ідеї дисертанта виключити з кола осіб, до яких застосовується ч. 4 ст. 212 КК, тих, хто вчинив ухилення від сплати податків і зборів за попередньою змовою групою осіб, відзначу принаймні нелогічність такого кроку. Адже виходить, що регламентоване заохочення не буде поширюватись на осіб, у поведінці яких вбачаються ознаки кваліфікованого складу злочину (ч. 2 ст. 212 КК), і водночас підлягатиме застосуванню щодо осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів в особливо великих розмірах (ч. 3 ст. 212 КК), тобто злочин з особливо кваліфікованим складом. Взагалі зазначена ідея здобувача навряд чи виправдана з урахуванням тих цілей, на досягнення яких спрямований кримінально-правовий компроміс, наразі уособлений у ч. 4 ст. 212 КК України.

5. Дисертант наполягає на тому, що до складу групи осіб, які, вчиняючи ухилення від сплати податків і зборів, діють за попередньою змовою, можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від ролі, реалізованої при вчиненні цього злочину (с. 12, 118, 119, 122, 133, 166). Раніше таку ж думку висловлював В.О. Останін (див.: Останін В.О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 13–14). Відомо, що дискусія із позначеного питання кваліфікації породжена невизначеністю, допущеною вітчизняним законодавцем при описанні форм співучасті. Нагадаю, що описання групи осіб, які діють за попередньою змовою, як однієї з форм групової співучасті наводиться у ч. 2 ст. 28 КК України, в якій, на відміну від ч. 1 цієї статті, вид співучасників не конкретизовано. Це і наводить на думку, що законодавець не обмежує «групу осіб за попередньою змовою» тільки співвиконавством, а має на увазі і співучасть з розподілом ролей. Разом з тим в юридичній літературі докладно і, як на мене, переконливо обґрунтовується традиційна (домінуюча) позиція, згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці, тобто як особи, які виконують хоча б частину об'єктивної сторони злочину.

Оскільки А.В. Смирнова дотримується принципово іншої точки зору, очікував відшукати в її роботі розгорнуте спростування наведених, зокрема, С.Д. Шапченком і Н.М. Ярмиш аргументів. Проте ці сподівання виявились марними, оскільки здобувач, не вступаючи в змістовну полеміку у тому числі із названими мною дослідниками, обмежилась викладенням окремих фрагментів робіт тих науковців (передусім О.О. Кваші та З.А. Тростюк), які допускають входження до складу групи осіб за попередньою змовою співучасників будь-якого виду. Водночас на С. 149 дисертації зазначається, що за такого підходу «нівелюється одна із важливих для розуміння особливостей форм співучасті розмежувальних ознак». Виходить, що і сама авторка сумнівається в правильності нею ж обстоюваної тези про те, що групу осіб за попередньою змовою як кваліфікуючу ознаку слід вбачати і в разі співучасті з розподілом ролей. Більше того: на інших сторінках дисертації можна прочитати, що учасниками групи осіб, які вчиняють ухилення від сплати податків за попередньою змовою, виступають не будь-які співучасники, а саме співвиконавці (с. 55, 86, 105, 114–115, 154). За таких обставин позиція дисертанта із розглядуваного питання кваліфікації злочинів потребує уточнення і, вочевидь, додаткової аргументації під час захисту.

6. На підставі порівняльного аналізу санкцій ст. 212 і ст. 364 КК України, здобувач робить висновок про те, що ухилення від сплати податків і зборів, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, яка з корисливого мотиву, іншої особистої заінтересованості чи в інтересах третіх осіб зловживала своїм службовим становищем всупереч інтересам служби та завдала істотної шкоди чи спричинила тяжкі наслідки, потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 212 та 364 КК (с. 175). Видається, що такого роду рекомендації суперечать загальновизнаним у кримінальному праві положенням про те, що у разі конкуренції загальної і спеціальної норми застосуванню підлягає остання і що діяння не може бути одночасно кваліфіковане за загальною і спеціальною нормами. При цьому не має значення те, яким чином інкримінування спеціальної норми впливатиме на покарання – буде воно більш або, навпаки, менш суворим порівняно з покаранням, яке б призначалось на підставі загальної норми. До того ж у разі сприйняття обстоюваного дисертантом варіанту кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 212 і 364 КК, винуватий особі двічі інкримінуватиметься одна і та сама ознака (суспільно небезпечний наслідок), тобто порушуватиметься принцип недопустимості подвійного інкримінування (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК). Останнім часом на недопустимості порушення цього принципу під кутом забезпечення правильності кваліфікації саме ухилення від сплати податків і зборів наголошує Верховний Суд України (див.: Висновки Верховного Суду України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 400-12 КПК України // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 4. – С. 16–17).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Г.О. ГАНОВОЇ «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА УМИСНЕ ВБИВСТВО, ВЧИНЕНЕ ГРУПОЮ ОСІБ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ»¹

Дисертаційну роботу Г.О. Ганової присвячено кримінально-правовій проблематиці, актуальність якої не викликає сумнівів. Як це не банально звучить, життя – найважливіше благо, яке дарується кожному з нас природою, і водночас, як не прикро констатувати, людина смертна. Право на життя – фундаментальне особисте право, яке забезпечує фізичне існування людини як біологічної істоти, частки суспільства і суб'єкта правових відносин і без дотримання (реалізації) якого всі інші права, свободи, блага, цінності тощо позбавлені сенсу. Ст. 27 Конституції України проголошує невід'ємне право кожної людини на життя, вказуючи, що ніхто не може бути свавільно позбавлений життя і що захист життя людини є обов'язком держави. Аналогічні за змістом положення закріплені в основоположних міжнародно-правових документах, зокрема, у ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основних свобод людини і ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

Посягання на життя людини є найбільш небезпечними і засуджуваними з точки зору моралі злочинами, наслідки яких носять незворотний характер. Особлива цінність життя людини і значна розповсюдженість вбивств зумовлює постійну увагу наукової спільноти до проблем кримінальної відповідальності за злочини проти життя. Незважаючи на те, що злочини проти життя людини загалом і умисні вбивства зокрема є традиційним об'єктом кримінально-правових досліджень (достатньо пригадати, що ще в 1870 р. М.С. Таганцев захистив докторську дисертацію, присвячену злочинам проти життя за російським кримінальним правом), дискусійними і невирішеними залишається чимало питань, пов'язаних із тлумаченням і вдосконаленням відповідного кримінального законодавства, а також практикою його застосування. Одне з таких питань – недосконалість наведеного в п. 12 ч. 2 ст. 115 чинного КК України формулювання і труднощі, які виникають на практиці при кваліфікації умисного вбивства, вчиненого групою осіб за попередньою змовою, та призначенні покарання за цей злочин. Не в останню чергу труднощі кримінально-правової протидії груповим вбивствам можна пояснити тим, що ні в доктрині, ні у правозастосовній практиці поки що не сформульовано усталеної позиції з низки серйозних питань, які так чи інакше стосуються інституту співучасті у злочині. Маються на увазі: співвідношення інститутів співучасті у злочині і групового злочину та пов'язана з цим проблема кримінально-правової оцінки вчинення спільного злочину, коли лише один його учасник має ознаки суб'єкта злочину; неоднакове тлумачення форм співучасті, описаних у ст. 28 КК, та їх співвідношення між собою; можливість інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» у випадках не технічного, а юридичного розподілу ролей між співучасниками; кваліфікація діянь співвиконавців тощо.

Визначаючи наукову новизну роботи Г.О. Ганової, слід сказати, що проблематика кримінальної відповідальності за умисне вбивство належить у вітчизняній доктрині до числа активно досліджуваних, у тому числі на дисертаційному рівні. Однак комплексного монографічного дослідження теоретичних і прикладних питань кримінальної відповідальності за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, в Україні поки що не проводилось.

Поділяю міркування здобувача про: неповну придатність медичних критеріїв визначення живонародження і мертвонародження дитини для юридичного встановлення початку життя людини як об'єкта кримінально-правової охорони; кваліфікацію як замаху на умисне вбивство дій, спрямованих на позбавлення життя померлої людини; безпідставність кримінально-правової оцінки як групового вбивства ситуацій, в яких лише одна особа має ознаки суб'єкта злочину; теоретичну можливість і водночас практичну складність засудження за умисне вбивство, вчинене шляхом застосування психічного насильства; неправильність кваліфікації як групового вбивства дій особи, яка за власною ініціативою приєднується до іншої особи, яка вже виконує дії, спрямовані на заподіяння потерпілому смерті; пов'язування попередньої змови на умисне вбивство з початком застосування до потерпілого насильства; поширювальний характер тлумачення співвиконавства умисного вбивства, запропонованого Пленумом Верховного Суду України в абз. 2 п. 16 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»; об'єктивний характер причинного зв'язку; завідомість використання інших осіб як характеристику опосередкованого вчинення злочину, яку бажано закріпити у законодавчому порядку; поєднання біологічної і соціальної складової у житті людини (а не особи) як об'єкті кримінально-правової охорони; недоречність введення в науковий обіг категорії «спеціальний потерпілий»; можливість вчинення окремих різновидів групового вбивства з непрямым умислом; належність до умисних вбивств із спеціальним суб'єктом злочинів, передбачених ст. 117 і ч. 4 ст. 404 КК; необхідність призначення більш суворого покарання співучаснику, який при вчиненні злочину поєднує кілька ролей; необхідність розроблення Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ постанови щодо особливостей кримінальної відповідальності за умисні вбивства.

¹ Захист відбувся 18 вересня 2012 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

Справедливою є критика дисертанта на адресу Пленуму Верховного Суду України за роз'яснення, наведене у п. 12 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я особи». Йдеться про кваліфікацію за сукупністю злочинів умисного вбивства осіб, названих як потерпілі у ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК, вчиненого за наявності й інших обтяжуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК України (с. 175). Як і дисертант, вважаю, що це роз'яснення суперечить правилу про неприпустимість одночасної кваліфікації злочину за загальною і спеціальною кримінально-правовими нормами, призводить до штучного створення множинності злочинів, а тому є неприйнятним. Новизною відзначається пропозиція дисертанта про врахування обставин, зазначених у пунктах 2, 4, 5, 13 ч. 2 ст. 115 КК, не при кваліфікації, а при призначенні покарання особам, які умисно позбавили життя потерпілого зі спеціальним правовим статусом (с. 9, 197–198).

Цікавою є думка здобувача про необхідність піддавати кримінально-правовій охороні життя людини від моменту визнання плоду життєздатним, тобто з 22 повних тижнів вагітності (с. 10, 53–54, 193). Попри відмінність запропонованого підходу від традиційного, згідно з яким початковий момент життя дитини пов'язується з початком народження, тобто з пологами, і прорізуванням голівки дитини, що виходить з організму матері, точка зору Г.О. Ганової, вочевидь, заслуговує на підтримку. Так, незаконне проведення абортів особою, яка має спеціальну медичну освіту, за відсутності зазначених у ч. 2 ст. 134 КК наслідків (тривалого розладу здоров'я, безплідності або смерті потерпілої) кримінальну відповідальність не тягне незалежно від тривалості вагітності. При цьому плід, який знаходиться в утробі матері, може бути вже повністю сформованим і життєздатним. Вказаний стан речей є підстави розглядати як прогалину у кримінально-правовому захисті майбутнього (ненародженого) життя, що є особливо неприпустимим з огляду на закріплення права на життя майбутньої дитини у ратифікованій Україною Конвенції ООН про права дитини. І сприйняття викладеної вище ідеї дисертанта могло б сприяти усуненню зазначеної прогалини.

Зауваження.

1. Міркування дисертанта стосовно визначення кримінальної відповідальності сприймаються неоднозначно. Так, на підтвердження своєї тези про те, що кримінальна відповідальність не завжди поєднується із застосуванням покарання і подальшим його відбуванням, авторка згадує про звільнення від кримінальної відповідальності (с. 14). На мій погляд, таке згадування недоречне. Адже у випадку звільнення від кримінальної відповідальності держава з різних міркувань відмовляється від свого права піддати обвинувальним вироком суду особу, яка вчинила злочин, осуду і, тим більше, примусу, передбаченого кримінальним законом. Інакше кажучи, звільнення від кримінальної відповідальності – це форма реалізації охоронних кримінально-правових відносин поза інститутом кримінальної відповідальності. Дисертант проігнорувала існування рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість), в якому наводиться визначення кримінальної відповідальності в її традиційному (ретроспективному) аспекті.

Звичайно, аналіз вироблених доктриною підходів щодо розуміння кримінальної відповідальності виходив за межі теми дисертації Г.О. Ганової. Однак якщо авторка все ж взялась за висвітлення цього питання, то не варто було робити це у вигляді доволі фрагментарного і поверхового викладення далеко не всіх відомих науці концепцій ретроспективної (негативної) кримінальної відповідальності, не кажучи вже про незгадування позитивної і потенційної кримінальної відповідальності (більш детально про це див., наприклад: Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К., 2011. – С. 700–717).

На думку здобувача, «сутністю кримінальної відповідальності є обов'язок особи відповісти на підставі норм кримінального закону за вчинене діяння, негативна оцінка державою даного діяння і особи, яка його вчинила, а також призначення йому заходів кримінально-правового впливу і судимість» (с. 16). Враховуючи складність і багатогранність кримінальної відповідальності, висловлені у літературі позиції щодо розуміння цього феномену не варто протиставляти один одному; для з'ясування суті кримінальної відповідальності як соціально-правового наслідку вчиненого злочину бажаним видається їх певний синтез, а тому частково дисертант має рацію. Разом з тим вказаний синтез навряд чи може означати еклектику, за якої у принципі неможливо більш-менш чітко визначити ні момент виникнення кримінальної відповідальності, ні момент її закінчення, ні форми реалізації кримінальної відповідальності. До того ж заходи кримінально-правового впливу, про призначення яких у контексті з'ясування суті кримінальної відповідальності веде мову дисертант, – це, на моє переконання, факультативний елемент кримінальної відповідальності.

Підсумовуючи викладене вище, зауважу, що при підготовці монографії за результатами захисту дисертації Г.О. Гановій варто або відмовитись від свого тексту, присвяченого визначенню кримінальної відповідальності, або серйозно його доопрацювати з урахуванням як новітніх літературних джерел, так і положень КПК України 2012 р.

2. Обрана тема зобов'язувала здобувача звернути більше уваги на проблему кримінальної відповідальності за вбивство, вчинене групою осіб, з яких лише одна особа має ознаки суб'єкта злочину. Я погоджуюсь із Г.О. Гановою в тому, що з урахуванням закріпленого в ст. 26 КК України визначення співучасті у злочині як участі двох або більше суб'єктів злочину вказане вбивство не може кваліфікуватись за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК

України (с. 65). У розглядуваній ситуації немає множинності суб'єктів як об'єктивної ознаки співучасті, а чинний КК не містить норм про відповідальність за групове вчинення злочину поза інститутом співучасті у злочині. Дисертант чітко і правильно фіксує існуючий стан речей, вказуючи, що посилений кримінально-правовий захист інтересів потерпілого в цьому разі має відбуватись у порядку застосування вдосконаленого п. 9 ч. 1 ст. 67 КК (с. 67). Чесно кажучи, очікував з боку дисертанта більшого конструктиву.

Так, постає питання, чи завжди в аналізованій ситуації має місце саме використання винним інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, що дозволяє на підставі п. 9 ч. 1 ст. 67 КК призначити більш суворе покарання у межах санкції кримінально-правової норми – ч. 1 ст. 115 КК (на використанні формулювання «використання осіб...» в уточненому п. 9 ч. 1 ст. 67 КК наполягає дисертант – С. 10, 66 та ін.) Видається, що ні. Показовим у цьому плані є запропоноване О.В. Головкіним уточнення законодавчого формулювання відповідної обтяжуючої обставини: «...вчинення злочину спільно або з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням або недоумством» (див.: Головкін О.В. Групова злочинність та її попередження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 6, 15). Якщо виходити з обстоюваної здобувачем точки зору, згідно з якою група осіб за попередньою змовою охоплює і співучасть з розподілом ролей (більш детально про це йтиметься далі), отримаємо наступну картину. Умисне вбивство, вчинене виконавцем під впливом, наприклад, підбурювача, буде тягнути кримінальну відповідальність у тому числі для підбурювача за ч. 2 ст. 115 КК (за ознакою вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою). А умисне вбивство, вчинене групою осіб – «співвиконавців», з яких лише винний є належним суб'єктом злочину, при тому, що можливості винного здолати опір потерпілого, спричинити йому смерть і приховати сліди скоєного, були однозначно більшими, кваліфікуватиметься за ч. 1 ст. 115 КК з усіма наслідками, що з цього випливають. Але ж очевидно, що суспільна небезпека такого злочину є не меншою, ніж суспільна небезпека вбивства, вчиненого групою осіб, в якій всі учасники відповідають ознакам суб'єкта злочину. Вважаю, що в частині законодавчої регламентації відповідальності принаймні за насильницькі злочини проти особи треба рухатись шляхом не індивідуалізації покарання, за що висловлюється дисертант, а диференціації кримінальної відповідальності, тобто конструювання кваліфікуючих ознак, прирівняних за караністю до групових форм співучасті. У порядку ведення дискусії пропоную обговорити пропозицію про доповнення п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України вказівкою (поряд із вказівкою на вчинення цього злочину групою осіб і за попередньою змовою групою осіб) на вчинення умисного вбивства спільно з особами, які не є суб'єктами злочину.

3. На С. 95 дисертації авторка робить висновок про те, що «виконавцем злочину повинна визнаватися не тільки особа, яка безпосередньо виконує об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого конкретною статтею Особливої частини Кримінального кодексу, а й особа, що спричиняє суспільно небезпечні наслідки через посередництво осіб, які не можуть бути суб'єктами злочину чи діють невинно або з необережності». Хотів би уточнити, що визначення виконавця злочину (у тому числі доктринальне) має бути універсальним і поширюватись, зокрема, на злочини з формальним складом. Тому вказівка на спричинення суспільно небезпечних наслідків у визначенні виконавця злочину (здобувач не уточнює, що нею маєтись на увазі тільки умисне вбивство) видається невиправданою.

Дисертант вважає за потрібне уточнити законодавче визначення так званого опосередкованого вчинення злочину, доповнивши його завідомістю використання інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності (с. 10, 95 та ін.). Між тим, та обставина, що фактичний виконавець об'єктивної сторони злочину діє з необережності, не завжди означає, що він не підлягає кримінальній відповідальності за скоєне, і це, на мою думку, має бути враховано при вдосконаленні ч. 2 ст. 27 КК України. Вивчаючи свого часу практику притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення господарських злочинів, я зробив висновок про необхідність уточнення законодавчого описання опосередкованого виконання злочину шляхом доповнення ч. 2 ст. 27 КК після слів «не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне» словами «або діють необережно». Обґрунтовувався такий варіант вдосконалення КК потребою давати належну кримінально-правову оцінку, зокрема, поведінці фактичних управлінців підприємств у тих випадках, коли допущені фіктивними керівниками порушення регулятивного законодавства містять ознаки необережного злочину – службової недбалості. У такій ситуації для досягнення поставленої мети свідомо (або, як пише Г.О. Ганова, завідомо) використовується особа, яка за скоєне на підставі ст. 367 КК кримінальній відповідальності підлягає (хоч і не за умисний злочин). Фактичні управлінці не можуть притягуватись до відповідальності і за співучасть, оскільки згідно зі ст. 26 КК вона можлива тільки в умисних злочинах. Ця лазівка дозволяє фактичним керівникам суб'єктів господарювання уникати відповідальності за ініційоване та організоване ними злочинне порушення приписів чинного законодавства (наприклад, податкового).

Хотілось б, щоб під час захисту дисертант висловила своє ставлення до наведеного вище варіанту поліпшення ч. 2 ст. 27 КК, як і до висловленої в юридичній літературі (З.А. Тростюк) пропозиції перенести законодавче визначення «посереднього» виконання злочину як таке, що не стосується співучасті у злочині, у розділ IV Загальної частини КК України «Суб'єкт злочину».

4. Дисертант є послідовним прибічником наукової позиції, згідно з якою до складу групи осіб, котрі вчиняють умисне вбивство, діючи за попередньою змовою, можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від тієї юридичної ролі, яку вони виконували при вчиненні цього злочину (с. 10, 67, 89–94, 104–105 та ін.). Відомо, що дискусія із позначеного питання кваліфікації породжена невизначеністю, допущеною вітчизняним законодавцем при описанні форм співучасті. Уважно ознайомившись із наведеною у дисертації аргументацією на користь обстоюваної Г.О. Гановою точки зору, я, на жаль, не знайшов переконливого спростування доводів вітчизняних дослідників – прихильників традиційної (домінуючої) позиції, згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці. Зокрема, чи можна визнати справедливим те, що за наявності у тій чи іншій статті Особливої частини КК кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» для підбурювача та інших співучасників виключатиметься можливість відповідати на підставі ч. 1 цієї статті КК? Чому до особи, яка вчинила злочин (наприклад, вбивство) самостійно, треба застосовувати ч. 1 статті, а якщо особу схилили до вчинення цього злочину, вона має нести відповідальність за кваліфікований злочин (у нашому випадку – за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК)? За таких обставин позиція дисертанта із розглядуваного питання кваліфікації умисних вбивств потребує додаткового обґрунтування.

5. Дисертант висловлюється за уточнення досліджуваної кваліфікуючої ознаки умисного вбивства, пропонуючи закріпити в п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України таке формулювання: «вчинене групою осіб». Стверджується, що це істотно полегшить процес кваліфікації дій співучасників і, зокрема, дозволить інкримінувати зазначену ознаку особам, котрі спільно позбавили життя потерпілого, заздалегідь про це не домовляючись (с. 9, 121, 193–194). Ідея зрозуміла і, на перший погляд, вельми приваблива. Адже підвищена суспільна небезпека групового вбивства, як відомо, зумовлена не стільки наявністю попередньої змови між злочинцями, скільки тим, що у потерпілого, якого у цьому разі поставлено у невідгдане становище з точки зору співвідношення сил, істотно зменшується можливість вчинення опору та захисту свого життя, а для злочинців, навпаки, полегшується можливість досягнення своїх протиправних цілей, у тому числі щодо приховування вчиненого злочину.

Разом з тим при вдосконаленні норм Особливої частини КК ми не можемо не брати до уваги, так би мовити, взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують такі форми співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою: ч. 1 ст. 28 КК передбачає відсутність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб», а ч. 2 ст. 28 КК, навпаки, передбачає наявність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою». Показово, що показану взаємовиключність формулювань констатує і дисертант, зазначаючи, що «у групі відсутня попередня змова на вчинення злочину, у той час як у групі осіб за попередньою змовою ця ознака обов'язково повинна мати місце...» (с. 74). Інакше кажучи, якщо буквально тлумачити наш кримінальний закон, слід зробити висновок про те, що стосовно таких форм співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою, не спрацьовує відомий доктрині принцип «матрьошки», відповідно до якого менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної форми співучасті. Отже, якщо п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України встановлюватиме відповідальність за умисне вбивство, вчинене саме і тільки групою осіб, а група осіб згідно з ч. 1 ст. 28 КК України передбачає відсутність попередньої змови між співучасниками, то умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, як, до речі, і організовану групою та злочинною організацією, навряд чи зможе бути кваліфіковане за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України.

Можливо, варто рухатись шляхом, запропонованим Ю.В. Білою, доповнивши ст. 28 КК України положенням про те, що під злочинном, вчиненим групою осіб (груповим злочинном), слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини (див.: Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4, 8, 13, 14). Якщо ж не чіпати законодавчу регламентацію форм співучасті в Загальній частині КК України, то розглядувана проблема може бути вирішена шляхом доповнення п. 12 ч. 2 ст. 115 КК вказівкою на вчинення злочину групою осіб (поряд із збереженням караності умисного вбивства, вчиненого групою осіб за попередньою змовою).

6. Не зовсім вдало формулює дисертант об'єкт і предмет свого дослідження. Так, предметом дослідження пропонується визнавати «норми Кримінального кодексу України, які передбачають відповідальність за умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб» (с. 7). Крім того, що предмет дисертаційного дослідження має відповідати темі роботи, наведене формулювання створює хибне враження, що авторка, обмежившись вивченням нормативної матерії, не досліджувала ні здобутки доктрини, ні матеріали правозастосовної практики. Але ж це не так. На думку здобувача, об'єктом дослідження виступають «суспільні відносини, порядок яких порушується внаслідок вчинення умисного вбивства групою осіб за попередньою змовою» (с. 7). Вказівка в цьому разі на групу осіб за попередньою змовою явно зайва. Тим більше, що фактично Г.О. Ганова в своїй роботі висвітлює низку питань кримінальної відповідальності за злочини проти життя, безпосередньо не пов'язаних із кваліфікацією групових вбивств. Більш прийнятним видається таке визначення об'єкта аналізованого дисертаційного дослідження – «відносини, пов'язані з кримінально-правовою охороною життя людини».

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ А.Ю. КОНОВАЛОВОЇ «ВИДИ ПОКАРАНЬ ДЛЯ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ»¹

Рівень злочинності неповнолітніх справедливо вважається індикатором («лакмусовим папірцем») морального здоров'я суспільства, його благополуччя. Проблеми кримінально-правової боротьби зі злочинністю неповнолітніх завжди привертали до себе увагу науковців, що є цілком зрозумілим, адже від того, наскільки законослухняним є і буде підростаюче покоління, залежить (без перебільшення) майбутнє держави. Фахівці, які вивчають злочинність неповнолітніх, не схильні ідеалізувати існуючий стан речей: вказаний різновид злочинності визнається високолатентним; спостерігається збільшення кількості окремих видів злочинів, вчинюваних неповнолітніми, – крадіжок, грабежів, розбоїв, хуліганств, незаконних заволодінь транспортними засобами, умисних тяжких тілесних ушкоджень; тенденції у розвитку злочинності неповнолітніх є негативними – все частіше відповідні злочини відзначаються немотивованою жорстокістю, малозначністю мотивів, цинізмом, вчиняються у складі організованих груп, очевиднішою стає маргіналізація юних правопорушників. Застосування за таких обставин лише виховних, педагогічних заходів є явно недостатнім. Традиційно особливе місце у комплексі впливу з боку держави на злочинність неповнолітніх належить покаранню, яке вважається основною формою реалізації кримінальної відповідальності, найбільш гострим інструментом у руках держави для захисту людини і суспільства від злочинних посягань. Протягом всієї історії свого розвитку людство наполегливо шукає оптимальний варіант справедливого покарання для порушників встановлених кримінально-правових заборон. Закріплена законодавством тієї чи іншої держави система покарань і практика їх застосування є показником морального та інтелектуального рівня суспільства. Сказане повною мірою стосується і системи покарань для неповнолітніх, яка, будучи історично обумовленою та наразі зорієнтованою на міжнародно-правові стандарти, завжди є результатом відповідного компромісу.

Позитивно оцінюючи факт виділення в КК України 2001 р. окремого розділу, присвяченого особливостям кримінальної відповідальності неповнолітніх, слід водночас відзначити наявність у нашому кримінальному законодавстві серйозних вад у частині пеналізації злочинів неповнолітніх. Аналіз положень Загальної частини КК, санкцій кримінально-правових норм і практики їх застосування дозволяє констатувати явну невідповідність між задекларованим прагненням до гуманізації кримінальної відповідальності неповнолітніх і досягнутими реаліями. Нерідко неповнолітні в плані обрання їм конкретної міри покарання опиняються в гіршому становищі порівняно з дорослими особами, які вчинили такі ж злочини. Суд часто вимушений віддавати перевагу позбавленню волі як найбільш репресивному покаранню при тому, що внаслідок його відбування відбувається «кристалізація» злочинної поведінки неповнолітнього і що це суперечить Мінімальним стандартам правил ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила). У п. 19 цього документа зроблено наголос на максимальному обмеженні застосування до неповнолітніх покарань, пов'язаних із будь-якими формами ув'язнення, та на розширенні сфери застосування покарань, альтернативних ув'язненню.

З іншого боку, відсутність у багатьох санкціях норм Особливої частини КК України покарань, що їх з урахуванням вимог Загальної частини КК дозволено призначати неповнолітнім, призводить до фактичної безкарності винуватих осіб. Спробу Пленуму Верховного Суду України вирішити цю проблему навряд чи можна визнати успішною, позаяк його пропозиція у розгляданій ситуації звільняти особу або від кримінальної відповідальності, або від покарання, вочевидь, не ґрунтується на положеннях чинного КК України. Чимало інших питань, які стосуються теми дисертаційного дослідження, належить до числа дискусійних (співвідношення цілей покарання неповнолітніх і дорослих злочинців; доцільність диференціації кримінальної відповідальності неповнолітніх різного віку; максимальний строк позбавлення волі, який має призначатись неповнолітнім; мінімальний вік неповнолітнього, до якого можуть застосовуватись арешт і громадські роботи; ефективність і, відповідно, перспективи виправних робіт як покарання для неповнолітніх; оптимальні розміри штрафу і взагалі виправданість його призначення неповнолітнім; співвідношення штрафу та покладення на неповнолітнього обов'язку відшкодувати шкоду, заподіяну злочином; зміст і запровадження спеціальних видів покарань, які б враховували особливості неповнолітніх і були розраховані саме і тільки на таких осіб, тощо).

Задля справедливості зазначу, що проблема поліпшення каральної діяльності держави стосовно правопорушень неповнолітніх гостро стоїть не лише перед Україною. Так, кілька років тому тижневик «Дзеркало тижня» повідомляв, що в кримінальне законодавство ФРН пропонувалось включити норму, згідно з якою неповнолітній, котрий за вчинений злочин був засуджений умовно, має кілька днів провести в місці позбавлення волі, аби зрозуміти, що йому загрожує. Необхідність цієї новели пояснювалась тим, що неповнолітні нерідко сприймають умовне засудження як своєрідний виправдувальний вирок і утверджуються у власній безкарності.

¹ Захист відбувся 30 листопада 2012 р. у Національному університеті «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Своєчасність звернення до обраної дисертантом проблематики зумовлена також необхідністю осмислення новел у частині регламентації такого покарання, як штраф, які викликані ухваленням Закону України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» та які стосуються і покарання неповнолітніх. Про актуальність теми дисертаційного дослідження свідчить і та обставина, що наразі в Україні відбувається становлення системи ювенальної юстиції як інструменту переважно не карального, а відновлювального впливу на злочинність неповнолітніх. У зв'язку з цим потребує вирішення проблема гармонізації норм чинного вітчизняного законодавства (включаючи кримінальне) і вимог міжнародно-правових документів – зокрема, таких, як згадані вище Пекінські правила, Керівні принципи ООН для попередження злочинності неповнолітніх (Ер-Рядські керівні принципи), Конвенція ООН про права дитини, Правила ООН, які стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, Стандартні мінімальні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила), Рекомендація Комітету міністрів державам – членам Ради Європи «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх».

Розділ 2 дисертації присвячений ретельному і всебічному аналізу видів покарань для неповнолітніх, передбачених Загальною частиною КК України. Складний матеріал вдало структуровано, а тому сприймається він добре. Аналіз покарань для неповнолітніх здійснюється за чітко продуманою схемою, суть якої полягає у послідовному розкритті загальних і спеціальних ознак, властивих певному покаранню. До цих ознак віднесено, відповідно: коло правообмежень; ступінь суворості; спосіб призначення; заміна покарання; коло осіб, яким призначається (не призначається) покарання; розмір покарання. Зважаючи на те, що інститут покарання та його видів найбільш тісно пов'язаний з інститутом призначення покарання (перший у відриві від другого, як образно висловлюються А.А. Музика та О.П. Горох, вельми «німецький»), розділ 3 своєї дисертації здобувач цілком виправдано присвятила висвітленню проблем призначення покарань за злочини, вчинювані неповнолітніми.

Визначаючи наукову новизну дисертації А.Ю. Коновалової, слід сказати, що проблематика покарань для неповнолітніх у вітчизняній кримінально-правовій доктрині належить до числа активно досліджуваних, і з моменту набрання чинності КК України 2001 р. наука на монографічному рівні звертається до неї не вперше. Так, питання видів покарань для неповнолітніх частково висвітлювались В.М. Бурдіним в його дисертації, присвяченій особливостям кримінальної відповідальності неповнолітніх, розглядалися у дисертації В.В. Полтавець – в аспекті виокремлення спеціальних засад призначення покарання, зачіпалися у дисертації Н.Ф. Марченко – під кутом розкриття особливостей призначення неповнолітнім додаткових покарань. У 2009 р. О.С. Яцун захистив дисертацію на тему «Особливості кримінального покарання неповнолітніх» (принагідно зауважу, що з цим науковцем А.Ю. Коновалова веде на сторінках своєї роботи цікаву і змістовну дискусію), а в 2010 р. Н.Я. Ковтун захистила дисертацію під назвою «Поняття, система та види додаткових покарань для неповнолітніх за КК України» (на жаль, ця робота залишилась Аліною Юрївною непоміченою). Сказане жодним чином не применшує значення того, що з точки зору розвитку кримінально-правової науки зробила А.Ю. Коновалова. Дисертант здійснила глибоке і всебічне дослідження системи покарань для неповнолітніх – як її сьогоdnішнього стану, так і перспектив цієї системи, а також з'ясувала проблеми призначення покарання неповнолітнім, на підставі чого сформулювала авторський варіант оптимізації чинного КК України в частині регламентації покарань, які можуть призначатись особам у віці від 14 до 18 років.

Поділяю міркування здобувача про: перспективність дослідження покарань із розкриттям трьох аспектів – законодавчого, судового і виконавчого; визначення ступеня суворості кожного покарання, яке може призначатись неповнолітньому, на трьох рівнях – загальному, конкретному та особистому; необхідність більш широкого призначення покарань, альтернативних позбавленню волі, порівняно з призначенням позбавлення із подальшим звільненням від нього; визнання кари конститутивною властивістю покарання; біосоціальні та психофізіологічні особливості осіб у віці від 14 до 18 років, які мають братись до уваги при вдосконаленні існуючої системи покарань для неповнолітніх; встановлення правообмежень, які є змістом покарань, у тому числі для неповнолітніх, не лише кримінальним, а й іншим законодавством (наприклад, кримінально-виконавчим); судимість як складову кримінальної відповідальності; неправильність ототожнення виправлення і спеціальної превенції як складових мети покарання; більшу суворість позбавлення права обіймати певну посаду чи здійснювати певну діяльність, що пов'язано з реалізацією права на працю, порівняно з штрафом і виправними роботами; визнання арешту різновидом позбавлення волі; необхідність враховувати не етимологічне, а і кримінально-правове значення звороту «вчинення злочину вперше»; поділ перешкод, пов'язаних із призначенням покарань неповнолітнім, на ті, що виникають при призначенні виду покарання, і ті, що виникають при призначенні розміру покарання; доцільність розглядати звільнення від покарання стосовно неповнолітніх як виняток, а не як правило, як це має місце сьогодні.

Вважаю, що заслуговують на підтримку пропозиції дисертанта в частині удосконалення законодавства, а саме: запровадження заборони на призначення більш суворого покарання у випадку, якщо суд через об'єктивні або суб'єктивні причини не має можливості призначити належне покарання; включення у КК України

нового виду покарання – «Обмеження для неповнолітніх»; виключення виправних робіт з переліку покарань для неповнолітніх; зниження до 14 років віку особам, яким може призначатись арешт; збільшення кількості санкцій, в яких би фігурував штраф; виключення вказівки на врахування тяжкості злочину з ч. 2 ст. 53, а так само майнового стану – із ч. 2 ст. 99 КК України; виключення вказівки на врахування особи засудженого з ч. 2 ст. 55 КК України.

Зауваження.

1. Визначення поняття «покарання для неповнолітніх», сформульоване дисертантом (с. 7–8, 25, 178), є цікавим і добре аргументованим. Разом з тим складається враження, що пропонуване доктринальне визначення «перевантажене» зайвими ознаками. Так, вказівка в ньому на те, що таке покарання є заходом примусу, передбаченим законом, що призначається від імені держави за вироком суду до визнаної винною у вчиненні злочину особи, що полягає в обмеженні її прав і свобод, дублює загальновизнані, усталені ознаки покарання, до того ж закріплені законодавчо (ч. 1 ст. 50 КК України). Якщо рухатись таким шляхом, то варто було б зазначити і те, що покарання призначається неповнолітньому судом у порядку, закріпленому КПК, тощо. Використання у розглядуваному визначенні звороту «... яке виконується спеціальними органами виконання покарання» породжує питання, чи охоплюватиметься цим визначенням і, відповідно, визнаватиметься покаранням примусовий захід, призначений судом, якщо останній ухвалить рішення про фактичне незастосування цього заходу. Зрозуміло, що йдеться про звільнення від покарання або від його відбування (наприклад, ст. 104 КК України). Сказане стосується і випадків ухилення засудженим від покарання, призначеного йому. Про виконання покарання спеціальними органами у цьому разі також говорити не доводиться.

2. У вступі дисертації можна прочитати, що наш КК, «впроваджуючи міжнародні норми поведінки з особами у віці від 14 до 18 років, які вчинили злочини, приведений у відповідність до їх вимог щодо засудження цих осіб» (с. 3). Наведене висловлювання видається занадто категоричним. Показовим у цьому аспекті, наприклад, є те, що дисертант, обґрунтовуючи необхідність запровадження в Україні нового покарання – «обмеження для неповнолітніх», посилається у тому числі на Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (згаданий вище п. 19 Пекінських правил) (с. 90 дисертації). Оскільки мова вже зайшла про міжнародно-правові документи і відповідність їм КК України, хотілось, щоб А.Ю. Коновалова висловила своє ставлення до доктринальної пропозиції (зокрема, В.М. Бурдін, О.С. Яцун) включити в КК України норму, яка б надавала суду можливість у виключних випадках (з урахуванням особи винного та характеру вчиненого злочину) застосовувати передбачені законодавством особливості покарання неповнолітніх і щодо осіб, які вчинили злочини у віці від 18 до 21 року. Така пропозиція враховує досвід окремих європейських країн, а так само Пекінські правила, у п. 3.1 яких говориться, що держави повинні докладати зусиль для поширення дії принципів, викладених у цих Правилах, на молодих повнолітніх правопорушників.

3. Дисертант не погоджується з думкою окремих вітчизняних дослідників включити в перелік покарань для неповнолітніх покладення на особу, якій виповнилось 14 років, обов'язку відшкодувати заподіяну злочином шкоду, мотивуючи свою позицію тим, що «такі правовідносини будуть виходити за межі кримінально-правових» (с. 12). Не ставлячи під сумнів правильність позиції здобувача з цього питання (вказаний захід навряд чи володіє елементом кари, властивою покаранню), водночас зауважу, що авторці варто було б навести більш розгорнуте і переконливе спростування позиції, яку вона не поділяє. Адже якщо сприйняти логіку дисертанта, у КК України не місце ні такому примусовому заходу виховного характеру, як покладення на неповнолітнього, який досяг 15-річного віку, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків (ст. 105 КК), ні положенням про відшкодування завданих збитків та усунення заподіяної шкоди (наприклад, ст. 45 і ст. 46 КК). Все ж дослідники, які ініціюють зазначене розширення переліку покарань для неповнолітніх, усвідомлюють загальноцивільно-правову природу обов'язку відшкодування заподіяної шкоди, але з урахуванням у тому числі зарубіжного досвіду прагнуть надати цьому обов'язку характер заходу кримінально-правового примусу.

4. У рубрику наукової новизни «вперше» дисертант включила положення про обґрунтування необхідності введення спеціального виду покарання для неповнолітніх – обмеження для неповнолітніх (с. 8). На мій погляд, відповідне формулювання, попередньо уточнивши його, більш коректно було б розмістити у рубриці «удосконалено» або «дістало подальший розвиток». Річ у тім, що про необхідність мати в КК України спеціальний вид покарання, розрахований саме на неповнолітніх, неодноразово писали і попередники А.Ю. Коновалової. Справді, вони називали це покарання по-іншому – не так, як здобувач, переконана у невдалості назви «Домашній арешт». Однак змістовно мова йшла про ті самі правообмеження – заборону відвідувати певні місця та обмеження пересування. Власне кажучи, це визнає і дисертант, коли веде полеміку та обґрунтовує слушність своїх формулювань (наприклад, с. 92–93). Наприклад, із дисертації О.С. Яцуна випливає, що суть домашнього арешту цей дослідник вбачає в запровадженні певних обмежень (зокрема, у частині відвідування певних місць і залишення домівки у конкретні періоди доби) і покладенні на засудженого певних обов'язків. Інша справа, що в запропонованому О.С. Яцуном формулюванні ст. 101-1 КК України «Домашній арешт» вказані правообмеження не знайшли чіткого відображення.

5. Дисертація лише виграла, якби А.Ю. Коновалова не обмежилась викладом норми КК РФ про можливість стягнення штрафу, призначеного неповнолітньому, з його батьків чи інших законних представників з їх згоди (с. 18), а дала цьому припису, вельми незвичному для класичного кримінального права, всебічну оцінку. Тим більше, що в російській юридичній літературі (поряд із різко критичними висловлюваннями на адресу згаданого законодавчого положення) зустрічаються і досить схвальні його оцінки – як обумовленого потребами суспільства компромісу (див.: Общая часть уголовного права: состояние законодательства и научной мысли / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н.А. Лопашенко. – СПб., 2011. – С. 741–745). Цікаво, що і в ФРН відповідно до Закону від 4 серпня 1953 р. із доповненнями 1974 р. «Про суд для неповнолітніх» сплата грошової суми штрафу можлива не тільки винуватою у злочині особою, а і її родичами чи друзями.

6. Робота не позбавлена окремих термінологічних вад і неточностей. Так, дисертант услід за ст. 62 Конституції України і Пленумом Верховного Суду України (постанова від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання») нерідко використовує таке словосполучення, як «кримінальне покарання». Однак з аналізу чинного законодавства випливає, що покарання є однією з форм кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, «некримінальних покарань» як таких просто не існує, а термін «кримінальне покарання» є тавтологічним. Із вказаної причини складно погодитись з А.Ю. Коноваловою і тоді, коли вона послуговується словосполученням «кримінальна відповідальність та покарання», некритично відтворюючи назву розділу XV Загальної частини КК України. Створюється хибне враження, що покарання і кримінальна відповідальність – це самостійні інститути, які не співвідносяться між собою як частина і ціле.

На С. 17 дисертації зазначається, що особи у віці від 16 до 18 років не можуть бути суб'єктами військових злочинів, оскільки можливість несення військових обов'язків виникає лише з 18 років. Однак на С. 111 роботи дисертант із посиланням на положення Закону України «Про військовий обов'язок та військову службу» доводить інше – те, що й особи у віці від 16 до 18 років можуть виконувати обов'язки військової служби (курсанти, контрактники).

Здобувач вважає, що, визначаючи ступінь тяжкості конкретного злочину при призначенні штрафу неповнолітній особі, необхідно враховувати, зокрема, особу винного. Стверджується, наприклад, що тяжкість крадіжки буде різною, якщо цей злочин вчинить, з одного боку, неповнолітня особа, яка не має батьків і яка викрадає продовольчі товари через голод, та, з іншого, неповнолітній, який не бажає працювати і веде паразитичний спосіб життя (с. 57). Як бачимо, здобувач не розрізняє різні загальні засади призначення покарання, закріплені в п. 3 ч. 1 ст. 65 КК. Ступінь тяжкості вчиненого злочину – це показник індивідуального рівня суспільної небезпеки конкретного злочину, зумовленого його специфічними об'єктивними і суб'єктивними ознаками. Обставини ж, які характеризують особу винного, мають (порівняно з обставинами, що визначають ступінь тяжкості злочину, та обставинами, які пом'якшують та обтяжують покарання) специфіку і повинні справляти свій вплив на обрання особі конкретної міри покарання. Виокремлення особи винного як самостійного критерію індивідуалізації покарання сприяє реалізації принципів призначення покарання, слугує однією з передумов досягнення цілей покарання, враховує той очевидний факт, що особистісні якості людини знаходять прояв у вчиненому злочині далеко не завжди адекватно і повною мірою.

На С. 142, з'ясовуючи кримінально-правове значення словосполучення «вчинення особою злочину вперше», авторка пише про відсутність юридичних підстав для визнання злочину повторним або рецидивом. Загалом погоджуючись із таким тлумаченням, водночас уточню, що прояви множинності злочинів, встановлення яких виключатиме констатацію того, що особа вчинила злочин вперше, не слід обмежувати безпосередньо названими в чинному КК України формами, до яких належать повторність, сукупність і рецидив.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ В.В. ТКАЧЕНКО «ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ ГРУПОЮ ОСІБ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ»¹

Більш як сто років тому відомий вчений М.С. Таганцев написав, що питання про співучасть належить чи не до найбільш складних і заплутаних в теорії кримінального права. За роки, що минули, ситуація кардинальним чином не поліпшилась. Незважаючи на понад 200-річну історію вивчення інституту співучасті, у доктрині кримінального права і на сьогодні спостерігаються значні розбіжності в думках щодо актуальних питань співучасті, а недостатньо чітка регламентація їх в кримінальному законі приводить до неоднозначності судових рішень і численних помилок при кваліфікації злочинів і призначенні покарання.

Юридичною наукою поки що не сформульовано усталеної позиції з низки серйозних питань, які стосуються інституту співучасті у злочині. Маються на увазі, зокрема: кримінально-правова оцінка необережного співзаподіяння і доцільність поширення поняття співучасті на випадки спільного вчинення необережного злочину; неоднакове тлумачення форм співучасті, описаних у ст. 28 КК України, їх співвідношення між собою, а так само форм і видів співучасті у злочині; кваліфікація співучасті у злочині зі спеціальним суб'єктом і особливо у тих випадках, коли особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта злочину, виконує його об'єктивну сторону; співвідношення інститутів співучасті у злочині і групового злочину та пов'язана з цим кримінально-правова оцінка вчинення спільного злочину, коли лише один його учасник має ознаки суб'єкта злочину; кваліфікація злочинів, вчинених групою осіб за попередньою змовою, якщо така кваліфікуюча ознака в статті Особливої частини КК України не передбачена або у ній передбачено тільки більш небезпечну форму співучасті – організовану групу; можливість інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» у випадках не технічного, а юридичного розподілу ролей між співучасниками; кваліфікація діянь співвиконавців і злочинів, вчинюваних у складі злочинних організацій; перспективи існування такої форми співучасті, як організована група.

При цьому питання кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, досить часто виникають у повсякденній діяльності слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів, а при їх вирішенні допускається чимало помилок. Тому і не дивно, що зазначені питання неодноразово висвітлювались у постановках Пленуму Верховного Суду України з різних категорій кримінальних справ. Була ухвалена і спеціальна постанова, присвячена питанням кримінальної відповідальності за злочини, вчинені при найбільших небезпечних формах співучасті (постанова від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику розгляду кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями»). Деякі з цих роз'яснень зазнають обґрунтованої критики з боку науковців і практиків, а Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який з урахуванням політично заангажованих законодавчих змін про судоустрій повинен наразі надавати рекомендаційні роз'яснення з питань застосування кримінального законодавства, поки що не спромігся сформулювати жодного роз'яснення з проблематики співучасті у злочині. Все це перешкоджає однозначності і стабільності при застосуванні кримінально-правових норм про відповідальність за злочини, вчинювані у співучасті.

Визначаючи наукову новизну роботи В.В. Ткаченко, слід сказати, що проблематика кримінальної відповідальності за співучасть у злочині належить у вітчизняній доктрині до числа активно досліджуваних, у тому числі на дисертаційному рівні. Достатньо сказати, що починаючи з 1991 р. на відповідну тематику захищено близько 20 кандидатських дисертацій. Серед них є дослідження, присвячені: загальним питанням відповідальності за співучасть у злочині; характеристиці окремих видів співучасників; окремим формам співучасті; злочинним організаціям, відповідальність за створення чи участь в яких передбачена Особливою частиною КК України; суміжному зі співучастю інституту причетності до злочину. Однак окремого монографічного дослідження, присвяченого такій формі співучасті, як група осіб за попередньою змовою, в Україні поки що не проводилось. І це при тому, що як кваліфікуюча ознака вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб передбачено (за підрахунками дисертанта) у 92 складах злочинів, тобто це найбільш поширена форма співучасті з тих, що використовуються в Особливій частині КК України, і переважну більшість вказаних злочинів законодавець відніс до категорій тяжких та особливо тяжких злочинів.

В.В. Ткаченко найбільш докладно і ґрунтовно в сучасній кримінально-правовій доктрині України проаналізувала наукову позицію, згідно з якою до складу групи осіб, що діє за попередньою змовою, можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від тієї юридичної ролі, яку вони виконували при вчиненні цього злочину. Як відомо, дискусія з питання про якісний склад зазначеної групи породжена невизначеністю, допущеною вітчизняним законодавцем. Прихильники традиційної позиції, згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці, наводять на її користь цілком переконливі, як на мене, аргументи. Зокрема, чи можна визнати

¹ Захист відбувся 26 лютого 2013 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка.

справедливим те, що за наявності у тій чи іншій статті Особливої частини КК кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» для підбурювача та інших співучасників виключатиметься можливість відповідати на підставі частини 1 цієї статті КК? Чому до особи, яка вчинила злочин (наприклад, крадіжку або вбивство) самостійно, треба застосовувати частину 1 статті, а якщо особу схилили до вчинення цього злочину, вона (як, до речі, і підбурювач) має нести відповідальність за кваліфікований злочин? Вимушений констатувати, що попередники В.В. Ткаченко (зокрема, А.В. Смирнова і Г.О. Ганова), які присвятили свої дисертації кримінальній відповідальності за вчинення окремих злочинів (ухилення від сплати податків і вбивство) за попередньою змовою групою осіб, не змогли переконливо спростувати наведені вище аргументи.

Натомість В.В. Ткаченко зайняла з розглядуваної проблеми виважену і добре продуману позицію, яка, з одного боку, обґрунтовано сприймає викладену критику, а, з іншого, виходить з того, що тлумачення групи осіб за попередньою змовою лише як різновиду співвиконавства не дозволяє забезпечити належну кримінально-правову оцінку окремим різновидам групової співучасті. Авторка виділяє «обумовлені нею прояви співучасті», які характеризуються високим ступенем взаємодії та взаємообумовленості та, як наслідок, більшою суспільною небезпекою, ніж ті, що становлять собою співучасть у вузькому розумінні – співучасть з розподілом ролей, та які водночас немає підстав визнавати ні співвиконавством, ні організованою групою. З метою розв'язання проблеми, про яку йдеться, здобувач пропонує оригінальні системні зміни у нормативному регулюванні інституту співучасті (їх оцінка наводиться нижче – у критичній частині відгуку).

Поділяю міркування здобувача про: розуміння форми співучасті як певного способу взаємодії декількох суб'єктів злочину при спільному вчиненні умисного злочину; доцільність уточнення назви ст. 28 КК України; охоплення поняттям форми співучасті і співучасті у вузькому розумінні – співучасті з розподілом ролей; неправильність точки зору, згідно з якою попередня змова як характеристика форми співучасті, описаної в ч. 2 ст. 28 КК України, можлива на стадії замаху на вчинення злочину; визнання наявності єдиного плану і розподілу функцій учасників групи самостійними ознаками організованої групи, а не характеристиками її стійкості; кваліфікацію дій всіх учасників організованої групи без посилання на відповідні частини ст. 27 КК України; необґрунтованість позиції, згідно з якою вказівку на організовану групу як окрему форму співучасті слід виключити з КК України; безпідставність інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину групою осіб, якщо встановлено попередню змову між учасниками такої групи; відсутність у міжнародному праві чіткої системи форм співучасті у злочині.

Зауваження.

1. Вважаю, що обрана тема зобов'язувала здобувача звернути увагу на проблему кримінальної відповідальності за вчинення злочину групою осіб, з яких лише одна особа має ознаки суб'єкта злочину. В.В. Ткаченко чітко і правильно фіксує закріплений у кримінальному законодавстві України стан речей, відповідно до якого однією з ознак у тому числі групи осіб за попередньою змовою як форми співучасті у злочині є наявність не менше двох осіб – суб'єктів злочину (с. 33, 34, 52, 139, 173 та ін.). Справді, з урахуванням закріпленого в ст. 26 КК України визначення співучасті у злочині як участі двох або більше суб'єктів злочину в розглядуваній ситуації немає множинності суб'єктів як об'єктивної ознаки співучасті (аргументи на користь такого законодавчого рішення наводяться, зокрема, М.І. Хавронюком – див.: Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. – К., 2006. – С. 236), а чинний КК не містить норм про відповідальність за групове вчинення злочину поза інститутом співучасті у злочині. Але ж зрозуміло, що суспільна небезпека, наприклад, умисного вбивства, зґвалтування або розбою, вчинених групою осіб – «співвиконавців», з яких лише винуватий є належним суб'єктом злочину, є не меншою, ніж суспільна небезпека цих злочинів, вчинених групою осіб, в якій всі учасники відповідають ознакам суб'єкта злочину. Можливість подолати опір потерпілої особи, придушити її волю і досягнути злочинної мети є однаковою для вказаних груп. До того ж злочин, вчинюваний групою осіб, з яких лише одна особа має ознаки суб'єкта злочину, суб'єктивно сприймається потерпілим саме як групове посягання, оскільки для нього визначальним є фактична множинність учасників злочину, а не їх кримінальна правосуб'єктність. Наприклад, у жертви зґвалтування, вчиненого п'ятьма пацієнтами психіатричної лікарні, визнаними надалі неосудними, і санітаром (належним суб'єктом злочину), не виникає питання, чи наявні тут ознаки співучасті: потерпіла особа сприймає себе як жертву саме групового зґвалтування. На позначену кримінально-правову проблему звертають увагу у своїх працях такі відомі науковці, як Л.П. Брич, Р.Р. Галіакбаров, Г.О. Єсаков, І.Е. Звечаровський, А.П. Козлов, Ю.Є. Пудовочкін, О.І. Парог та ін.

На мій погляд, у частині законодавчої регламентації відповідальності принаймні за злочини проти особи, поєднані із застосуванням насильства, треба рухатись шляхом не просто індивідуалізації покарання (мається на увазі застосування обтяжуючої покарання обставини, передбаченої п. 9 ч. 1 ст. 67 КК), а диференціації кримінальної відповідальності, тобто конструювання кваліфікуючих ознак, прирівняних за караністю до групових форм співучасті. Інакше кажучи, ідея полягає в тому, щоб надати груповому способу вчинення злочину, який виходить за межі співучасті у злочині, кваліфікуючого значення. Хотілось б, щоб дисертант висловила своє ставлення до такого варіанту вдосконалення КК України.

2. Розглядаючи співвідношення кваліфікуючих ознак «вчинення злочину групою осіб» та «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб», дисертант підтримує підхід, згідно з яким при вчиненні злочину за попередньою групою осіб, якщо у відповідному складі злочину передбачено лише кваліфікуючу ознаку вчинення його «групою осіб», діяння співвиконавців мають кваліфікуватись без інкримінування такої кваліфікуючої ознаки (с. 59, 83, 130–134, 147–148, 179). Цей підхід заснований на буквальному тлумаченні КК України і заперечень не викликає: ч. 1 ст. 28 КК передбачає відсутність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб», а ч. 2 ст. 28 КК, навпаки, передбачає наявність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою». Але чи можна вважати адекватною (справедливою) кримінально-правовою оцінкою кваліфікацію відповідного злочину (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за частиною першою тієї чи іншої статті КК, якщо злочин фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК України не містить? Видається, що ні. Так само вважає і дисертант, яка, дискутуючи із С.Д. Шапченком, пропонує свій варіант вирішення розглядуваної кримінально-правової проблеми. Йдеться знову ж про розширення змісту такої форми співучасті, як група осіб за попередньою змовою, і про визнання групи осіб системоутворюючим поняттям щодо форм співучасті незалежно від наявності (відсутності) попередньої змови (с. 133–134). Теоретично сказане виглядає привабливо. Однак якщо проаналізувати запропоновані здобувачем визначення групи осіб без попередньої змови і групи осіб за попередньою змовою (с. 186), то вони, як і формулювання ч. 1 і ч. 2 ст. 28 чинного КК, продовжують залишатись взаємовиключними. Тобто стосовно таких форм співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою, і надалі не спрацьовуватиме принцип «матрьошки», відповідно до якого менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної форми співучасті. Таким чином, проблема належної кримінально-правової оцінки зазначених проявів групової злочинності не вирішується.

На жаль, В.В. Ткаченко залишила поза своєю увагою і, відповідно, не оцінила спрямовану на розв'язання вказаної проблеми пропозицію Ю.В. Білої доповнити ст. 28 КК України положенням про те, що під злочинном, вчиненим групою осіб, слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини (див.: Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4, 8, 13, 14).

3. Певні запитання і зауваження викликає сформульована В.В. Ткаченко редакція ст. 28 КК України «Форми співучасті». Так, складно погодитись із включенням у цю статтю такого положення: «Злочин визнається вчиненим у співучасті, якщо в його вчиненні брали участь декілька осіб, які виконували дії, що відповідають ознакам як одного, так і різних видів співучасників, передбачених статтею 27 цього Кодексу» (с. 185). Наведене положення не виправдано дублює ст. 26 КК України «Поняття співучасті», не враховує того, що поведінка співучасника може полягати у бездіяльності і, до того ж, через використання словосполучення «декількох осіб» робить (порівняно зі ст. 26 чинного КК) крок назад із питання про кримінально-правовий статус співучасників (ними, як вже зазначалось, є тільки суб'єкти злочину, а не просто фізичні особи).

Дискусійним видається запропоноване авторкою визначення організованості дій співучасників як характеристики будь-якої групи осіб. Виходить, що в межах однієї статті КК будуть закріплені два різних розуміння організованості (ч. 2 і ч. 5 ст. 28 КК, сформульованої дисертантом), що навряд чи позитивно вплине на правозастосування. Далі. Організованість дій співучасників здобувач пов'язує з «необхідною умовою вчинення діяння виконавцем (досягненням запланованого результату)» і вбачає в тому разі, коли ці дії «складають цілісний механізм вчинення злочину чи злочинів» (с. 185). Постає питання, чи доречно вести мову про «досягнення запланованого результату», якщо злочин вчиняється групою осіб без попередньої змови? Адже для такої групи характерне спонтанне, ситуативне об'єднання зусиль кількох співвиконавців. Чому дії звичайного організатора або пособника злочину не можуть вважатись «необхідною умовою вчинення діяння виконавцем», хоч, за задумом дисертанта, останнє є ознакою організованості дій співучасників, притаманної групі осіб?

Висловлю думку, що завдяки своєму оціночному характеру вжитий дисертантом зворот «цілісний механізм вчинення злочину чи злочинів» може бути поширений не лише на групу осіб, як про це пише В.В. Ткаченко, а і на відмінну від групи осіб співучасть у вузькому розумінні – співучасть з розподілом ролей. Тут, мабуть, не буде зайвим пригадати, що М.С. Таганцев порівнював співучасть у злочині з грою в оркестрі, де кожен музикант грає свою партію, однак цілісний музичний твір є результатом спільних, узгоджених дій всіх музикантів.

У мене також склалось враження, що сформульоване здобувачем визначення злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, в якому використовується словосполучення «з розподілом або без розподілу функцій учасників групи» (с. 186), охопить і випадки співучасті з розподілом ролей. На таку ж думку наводить і положення, яким пропонується доповнити ст. 30 КК України: «Учасники групи осіб, що діє за попередньою змовою, підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали

участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них» (с. 186). При цьому дисертант послідовно і, на мій погляд, слушно наполягає на іншому – на тому, що злочином, вчиненим за попередньою змовою групою осіб, не повинен вважатись злочин, який є результатом діяльності одного виконавця та інших співучасників одного чи декількох видів, які не виконували свою діяльність під час безпосереднього вчинення злочину виконавцем, і необхідності в їх діяльності для вчинення злочину виконавцем на момент його вчинення не було (класичний приклад такого злочину – вбивство, вчинене внаслідок підбурювання). Із вказаної вище причини вказівка на «цілісний механізм вчинення злочину чи злочинів» не зможе стати у цьому разі у нагоді.

Отже, доречність використання окремих формулювань, закріплених в авторській редакції ст. 28 КК України, потребує під час захисту додаткової аргументації.

4. Констатувавши, що в дореволюційній і радянській кримінально-правовій доктрині інколи виділявся такий різновид співучасті, як співучасть необережна (с. 23, 27), здобувач цю тезу не розвиває і в своїх подальших міркуваннях не йде далі чинного КК України, в якому однозначно зафіксовано, що співучасть можлива тільки в умисних злочинах. Певною мірою це можна пояснити, що В.В. Ткаченко, застосовуючи порівняльно-правовий метод дослідження, обмежилась вивченням кримінальних кодексів країн – учасниць СНД, в яких закріплені подібні вітчизняним підходи до формулювання правових конструкцій протиправної поведінки осіб, які спільно вчиняють злочин (с. 156). Між тим, у деяких інших державах можливе настання кримінальної відповідальності і за співучасть у необережному злочині. Така відповідальність або прямо передбачена у кримінальному законодавстві (зокрема, Італія, Польща, Сан-Марино, Швеція), або обґрунтовується доктриною і застосовується на практиці (наприклад, Англія, Франція). В Україні ця проблема актуалізується у зв'язку з труднощами кримінально-правової оцінки так званого необережного співзаподіяння. Поняттям останнього зазвичай позначаються випадки спільного заподіяння суспільно небезпечних наслідків у результаті необережних діянь кількох осіб (діяння однієї особи створює умови для необережного заподіяння шкоди іншою особою; одночасні порушення кількох осіб тягнуть за собою спільний для них суспільно небезпечний наслідок). Відсутність спеціального законодавчого регулювання питання про необережне співзаподіяння призводить до того, що при кваліфікації вчиненого злочинними визнаються, як правило, дії лише тих осіб, недотримання правил обережності з боку яких виявилось найбільш наближеним до суспільно небезпечного результату, що не далеко не завжди можна вважати справедливим кримінально-правовим реагуванням на вчинене. Видається, що висвітлення хоча б у стислому вигляді цієї дотичної до питань групової співучасті проблеми дозволило б поліпшити якість рецензованої праці.

5. Практична складова дисертації В.В. Ткаченко лише виграла, якби здобувач за підсумками свого дослідження підготувала проект відповідних роз'яснень Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Тим більше, що в тексті дисертації авторка неодноразово і цілком справедливо висловлюється за уточнення окремих постанов Пленуму Верховного Суду України, в яких зачіпаються питання співучасті у злочині.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Л.В. ТРУШКІВСЬКОЇ «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ОСОБИСТИХ БЛАГ ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ У ЗВ'ЯЗКУ З НАДАННЯМ НИМИ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ (СТ.СТ. 398, 400 КК УКРАЇНИ)»¹

Ст. 59 Конституції України проголошує, що кожен має право на правову допомогу та є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення і надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура. Ст. 29 Основного Закону нашої держави передбачає право заарештованого чи затриманого користуватись правовою допомогою захисника, а ст. 63 – право підозрюваного, обвинуваченого та підсудного на захист. Наведені конституційні положення мають аналоги в основоположних міжнародно-правових документах, присвячених правам людини. Так, згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. складовою права на справедливий судовий розгляд виступає право кожного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, захищати себе особисто, використовувати правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або одержувати таку допомогу безоплатно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. З урахуванням того, що адвокатура як інститут громадянського суспільства відіграє одну з ключових ролей у розбудові правової держави і захисті прав людини, держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності (ч. 2 ст. 5 Закону України від 5 липня 2012 р. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Встановлено, що життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебувають під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом.

Важливою гарантією реалізації конституційного права людини на правову допомогу виступають кримінально-правові заборони, які закріплені в ст.ст. 397–400 КК України і покликані захистити особисті блага суб'єктів надання правової допомоги. Вказані заборони є законодавчими новелами часів ухвалення у 2001 р. чинного КК, які вивчаються у вітчизняній юридичній літературі в основному на рівні підручників, науково-практичних коментарів та окремих публікацій. Цілком очевидно, що такий рівень дослідження ст.ст. 397–400 КК України і практики їх застосування не може дати задовільних відповідей на питання, чи забезпечують ці норми належну охорону правомірної діяльності захисників і представників особи з надання правової допомоги і чи правильно вчинив наш законодавець, рухаючись шляхом формулювання казуїстичних заборон, розрахованих на специфічних потерпілих. Слід враховувати і те, що розглядувані злочини проти правосуддя конкурують зі злочинами проти життя, здоров'я особи, власності, злочинами у сфері службової діяльності тощо, а це потребує вирішення проблеми їх співвідношення.

Диспозиції переважної більшості статей розділу XVIII Особливої частини КК України носять бланкетний характер, що з урахуванням серйозного оновлення протягом кількох останніх років регулятивного законодавства (у тому числі про судоустрій, адвокатуру, кримінального процесуального) призводить до необхідності переосмислення багатьох положень кримінально-правової характеристики злочинів проти правосуддя.

Визначаючи наукову новизну роботи Л.В. Трушківської, слід сказати, що проблематика кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя останнім часом активно досліджується на рівні кандидатських дисертацій (маю на увазі роботи О.О. Вакулик, В.А. Головчука, Н.Д. Кваснівської, В.В. Кудрявцева, Р.І. Мельника, М.І. Омеляненко, Ю.В. Орла, М.В. Сийплові, О.О. Соболевої, Ю.В. Юшиної). У січні 2013 р. у Національній академії прокуратури України із вказаної проблематики було захищено першу в Україні докторську дисертацію (див.: Мірошниченко С.С. Злочини проти правосуддя: теоретичні і прикладні проблеми запобігання та протидії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – 40 с.). Однак сталося так, що питання кримінальної відповідальності за злочини проти життя, здоров'я і психічного благополуччя захисника і представника особи у зв'язку з наданням правової допомоги, незважаючи на складність їх вирішення на практиці і дискусійність у доктрині, на монографічному рівні не вивчалися. Видана за результатами захисту кандидатської дисертації монографія В.В. Сміха (див.: Сміх В.В. Кримінальна відповідальність за порушення права особи на правову допомогу. – К., 2012. – 200 с.) не може вважатись такою, що повністю і всебічно розкриває відповідну проблематику, оскільки в ній розглядається більш широке коло питань, ніж у дисертації Л.В. Трушківської, і до того ж це зроблено без урахування істотно оновленого в 2012 р. кримінального процесуального законодавства України.

Поділяю міркування здобувача про: охоплення поняттям насильства як способу вчинення злочину як фізичного (енергетичного), так і психічного (інформаційного) впливу на організм іншої людини, і можливість вчинення насильства шляхом бездіяльності; визнання безпосереднім об'єктом злочинів, які за змістом об'єктивної сторони полягають у погрозі, психічного благополуччя (психічного спокою) іншої людини; розуміння погрози насильством як погрози завдати шкоду особистим благам людини – її життя, здоров'ю, тілесній чи особистій недоторканності, волі, статевій свободі; неузгодженість назви розділу XVIII Особливої частини КК

¹ Захист відбувся 25 квітня 2013 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка.

України і змісту розміщених у цьому розділі кримінально-правових заборон; можливість визнання потерпілим від злочинів, передбачених ст.ст. 397–400 КК, адвоката, дані про якого не внесено в Єдиний реєстр адвокатів України, а також адвоката, який уклав договір зі свідком у кримінальному провадженні; визнання захисником не лише адвокатів, а й інших фахівців у галузі права; невинуватість вузького розуміння поняття «представник особи» при застосуванні ст.ст. 397–400 КК України; доцільність виділення видового об'єкта вказаних злочинів; безпідставність кваліфікації посягання на життя консула, який виступає як представник іншої особи, за сукупністю злочинів, передбачених ст. 400 і ст. 403 КК України; формально-матеріальну конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 400 КК України; помилку щодо статусу потерпілого як обставину, що виключає інкримінування ст.ст. 397–400 КК України; кваліфікацію за ч. 2 ст. 15, ст. 400 КК України випадків фактичного позбавлення життя осіб, які не належать до числа спеціальних потерпілих; некоректність роз'яснення Пленуму Верховного Суду України щодо інкримінування ч. 2 ст. 115 КК України у випадках позбавлення життя спеціальних потерпілих за наявності інших, крім зазначеної в п. 8 ч. 2 ст. 115 КК, кваліфікуючих обставин (с. 93–94); безпідставність інкримінування ч. 1 ст. 398 КК України у випадках, коли посягання на життя, здоров'я, свободу, власність захисника чи представника особи, а також їх близьких родичів здійснене безпосередньо після погрози вчинити такі дії; належність злочинів, об'єктивна сторона яких передбачає виключно погрозу, до злочинів із формальним складом; кваліфікацію як злочину проти власності і втручання у діяльність захисника випадків, коли винуватий шантажує адвоката чи представника іншої особи неповерненням викраденої раніше речі; неправильність відмови від конструкції «у зв'язку» з певною діяльністю у складах аналізованих злочинів проти правосуддя; необхідність інкримінування (крім ч. 1 ст. 398 КК) ч. 1 ст. 119 або ст. 128 КК України, якщо погроза щодо захисника або представника особи, а також щодо їх близьких родичів призвела до заповдіння потерпілому смерті, тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, ставлення до чого з боку винного було необережним; кваліфікацію умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 398 та відповідною частиною ст. 119 КК України; інкримінування ч. 2 ст. 398 КК України у випадках, коли суб'єкт, діючи з наміром заповдіяти середньої тяжкості тілесне ушкодження, завдав таку шкоду здоров'ю людини, яка розцінюється як легке тілесне ушкодження; відповідність видів покарань в санкції ст. 400 КК характеру суспільної небезпечності злочину «посягання на життя захисника чи представника особи».

Заслужують на підтримку пропозиції дисертанта в частині: використання в диспозиціях відповідних кримінально-правових заборон формулювання «діяльність по наданню правової допомоги», а також узагальнених ознак «насильство, що є небезпечним для життя чи здоров'я особи» та «насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я особи»; відмови від законодавчої конструкції «посягання на життя» в чинному КК України; доповнення ст. 24 КК України положенням про особливості змісту вини в умисних злочинах, які передбачають ознаки спеціального потерпілого або предмета злочину; передбачення в ч. 1 ст. 126 КК України відповідальності за вчинення інших болісних дій; доповнення ч. 2 ст. 64 КК вказівкою на осіб, які виконували спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації і вчинили злочин у її складі; заміни у статтях 398–400 КК України словосполучення «близькі родичі» терміном «близькі»; збільшення до десяти років мінімального строку позбавлення волі як покарання за злочин, передбачений ст. 400 КК України.

Зауваження.

1. Ідея дисертанта здійснювати уніфіковану (засновану на одних і тих самих нормах Особливої частини КК України) кримінально-правову охорону життя, здоров'я і власності осіб, які беруть участь у судовому розгляді справ різних категорій (с. 10, 66, 68, 191), виглядає привабливою. Щоправда, слушність деяких міркувань здобувача стосовно законодавчого втілення цієї ідеї викликає сумнів. Так, в авторських редакціях диспозицій відповідних кримінально-правових заборон (с. 196–197) вказується на зв'язок злочинних діянь, вчинюваних щодо учасника судового процесу чи його близьких, «з участю в конституційному провадженні або у розгляді адміністративної, господарської, кримінальної або цивільної справи». Виходить, що сфера застосування вказаних кримінально-правових норм буде більш вузькою порівняно зі сферою застосування чинних редакцій ст.ст. 398–400 КК України, в яких говориться про зв'язок вчинюваних щодо захисника або представника особи злочинних діянь із наданням правової допомоги. Останню не може бути зведено до забезпечення реалізації прав та обов'язків особи у тому чи іншому судочинстві, і про це, до речі, переконливо і розгорнуто зазначає дисертант. Л.В. Трушківська не пояснює доцільність зазначеного звуження сфери застосування кримінально-правової репресії.

Чи варто забезпечувати однакову кримінально-правову охорону особистих благ всіх без винятку учасників судового процесу, як це пропонує дисертант, якщо поняттям «учасник судового процесу» охоплюється не лише прокурор, захисник або представник особи, а і, наприклад, обвинувачений, потерпілий, позивач, відповідач, третя особа? Принаймні таке вирішення питання про коло потерпілих осіб не впливає з того зарубіжного досвіду, на який посилається здобувач (с. 60–67), коли висуває ідею однакової кримінально-правової охорони.

2. Для уникнення складнощів у правозастосовній практиці дисертант пропонує доповнити ст. 400 КК України частиною другою, в якій встановити посилену відповідальність за умисне вбивство захисника або представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги, а також їх близьких, вчинене за наявності обтяжуючих обставин, передбачених у загальній нормі, тобто у частині другій ст. 115 КК України (крім обтяжуючої обставини, передбаченої пунктом восьмим цієї частини) (с. 95–96, 99, 193, 197). Нагадаю, що свого часу за формулювання кваліфікованих складів злочинів, передбачених ст.ст. 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК України, – посягань на життя потерпілих зі спеціальним правовим статусом висловлювалась Н.В. Шепелєва (див.: Шепелєва Н.В. До питання про відповідальність за посягання на життя, встановлену спеціальними кримінально-правовими нормами // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 9. – С. 33–35). У дисертації не пояснено, чому зв'язок між посяганням на життя і законною професійною чи громадською діяльністю захисника, представника особи або близьких їх родичів має визнаватись ознакою основного складу злочину, передбаченого ст. 400 КК, а інші вказані в ч. 2 ст. 115 КК України обтяжуючі ознаки, так би мовити, прирівняні до цього зв'язку за суспільною небезпекою і впливом на покарання, – ознакою вже кваліфікованого складу злочину, передбаченого ст. 400 КК України.

Постає і питання, відповіді на яке відшукати у дисертації не вдалося: який вигляд повинна мати санкція цієї нової частини ст. 440 КК, якщо удосконалена санкція частини першої вказаної статті має, на думку здобувача, передбачати покарання у виді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічного позбавлення волі? Інакше кажучи, у чому полягатиме задеклароване посилення кримінальної відповідальності і що фактично дасть пропонований варіант диференціації кримінальної відповідальності?

Бажано також, щоб здобувач висловила своє ставлення до висловленої у літературі пропозиції про врахування обставин, зазначених у деяких пунктах ч. 2 ст. 115 КК України, не при кваліфікації, а при призначенні покарання особам, які умисно позбавили життя потерпілого зі спеціальним правовим статусом (див.: Ганова Г.О. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 9, 197–198).

3. Родовий об'єкт злочинів проти правосуддя дисертант послідовно визначає як сукупність потерпілих – осіб, котрі беруть участь у відправленні правосуддя (здійснюють його або сприяють йому); соціальні зв'язки, в яких беруть участь вказані потерпілі; їх права, свободи та інтереси, а також нематеріальні блага, які забезпечують їх участь у відправленні правосуддя (с. 18, 20, 67, 191). Викладене розуміння родового об'єкта злочинів проти правосуддя видається дискусійним хоча б через те, що ознакою далеко не всіх складів злочинів, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК України, є потерпілий. Інша річ, якби дисертант сприйняла так зване широке розуміння потерпілого від злочину, у межах якого ним визнається не лише людина, а й інші соціальні суб'єкти, наприклад, юридична особа, держава, інше соціальне утворення, яким заподіюється шкода або створюється загроза заподіяння шкоди. Однак із висловлювань здобувача випливає, що поняттям потерпілого від злочинів проти правосуддя вона охоплює тільки людину.

4. Не відзначаються послідовністю міркування дисертанта щодо виду умислу як суб'єктивної ознаки злочину, передбаченого ст. 400 КК України, у формі закінченого вбивства. Зміст цього умислу авторка визначає таким чином: суб'єкт усвідомлює, що він вчиняє дії із позбавлення життя захисника чи представника особи або їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною із наданням правової допомоги, передбачає, що наслідком його дій може бути смерть потерпілого, і бажає настання такого наслідку (с. 86–87). Як бачимо, у наведеному висловлюванні немає згадування про те, що винний свідомо припускає настання суспільно небезпечного наслідку у вигляді смерті спеціального потерпілого, тобто не зазначається вольова ознака непрямого умислу (ч. 3 ст. 24 КК України). Водночас на інших сторінках своєї роботи (с. 81, 98) дисертант стверджує (як на мене, цілком справедливо), що при вчиненні посягання на життя, караного за ст. 400 КК України, вбивство вчинюється як з прямим, так і з непрямым умислом.

Дисертант традиційно для нашої юридичної літератури веде мову про «прояви необережної вини» щодо певних характеристик потерпілого, зокрема, щодо його віку (с. 84–85). Зверну увагу на те, що, визначаючи умисел та необережність, законодавець виходить із психічного ставлення особи лише до діяння і до його суспільно небезпечних наслідків, а не до інших ознак складу злочину. Тобто КК України використовує поняття умислу і необережності для узагальненої характеристики злочину у цілому, у зв'язку з чим використання цих понять щодо певних ознак потерпілого від злочину є умовним.

5. П. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає представництво як вид діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнтів не лише у певному судочинстві, а і, зокрема, в інших державних органах. За таких обставин навряд чи коректним є включення дисертантом у рубрику наукової новизни «вперше» положення про набуття статусу представника і тими особами, які надають правову допомогу у формі представництва інтересів суб'єкта у так званих квазісудових органах (наприклад, особи, які представляють інтереси в рамках адміністративних процедур – одержання дозволів, ліцензій тощо) (с. 10, 43, 192).

6. Імпонує те, що у процесі висвітлення обраної теми дисертант у контексті розгляду конкретних питань кримінальної відповідальності за злочини проти окремих особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги торкається і загалом компетентно висловлюється з приводу фундаментальних кримінально-правових проблем – об'єкта злочину, помилки у кримінальному праві, кримінальної відповідальності та її диференціації, кримінально-правового поняття потерпілого, причинного зв'язку, поняття покарання, конструювання санкцій кримінально-правових норм, розуміння насильства тощо. Разом з тим деякі висловлювання здобувача щодо вказаних проблем сприймаються неоднозначно.

Так, поділяючи думку Т.О. Леснієвські-Костаревої, дисертант пише, що диференціація кримінальної відповідальності може відбуватися у тому числі шляхом звільнення від кримінальної відповідальності (с. 138). Однак у разі звільнення від кримінальної відповідальності відсутній державний осуд того, хто вчинив злочин, який є обов'язковим елементом кримінальної відповідальності. Звільнення від кримінальної відповідальності – це форма реалізації кримінально-правових норм (охоронних кримінально-правових відносин) поза інститутом кримінальної відповідальності. Передбачені КК України випадки звільнення від кримінальної відповідальності безпідставно розглядати як прояв диференціації кримінальної відповідальності, позаяк не можна піддавати градації те, чого немає.

Теорію необхідного причинного зв'язку авторка називає «найбільш прийнятною для обґрунтування причинно-наслідкової взаємодії при заподіянні тілесних ушкоджень захиснику чи представнику особи» (с. 148). Але ж правильність цієї теорії піддана серйозному сумніву (зокрема, праці Н.М. Ярмиш) на тій підставі, що кримінально-правове значення має як необхідний, так і випадковий причинний зв'язок, і що необхідність як антипод випадковості взагалі не може бути характеристикою причинного зв'язку: породження є породженням, воно не може бути ні необхідним, ні випадковим.

Вирішуючи питання, пов'язані з кримінально-правовим поняттям потерпілого, здобувач орієнтується лише на визначення «потерпілого від кримінально-правового посягання», запропоноване своїм науковим керівником В.Т. Дзюбою у статті, опублікованій в «Альманасі кримінального права» (с. 112), хоч це визначення зазнало критики (А.А. Музика, Є.В. Лашук), а в Україні видані серйозні монографічні роботи, присвячені потерпілому в кримінально-правовому значенні цього поняття.

Цілком очевидно, що в межах кандидатської дисертації неможливо та і непотрібно розкривати фундаментальні, «вічні» кримінально-правові проблеми, однак навіть при стислому їх позначенні варто робити відповідні застереження, уникаючи по можливості однобічності, фрагментарності і поверховості.

7. Робота лише виграла, якби дисертант більш докладно розглянула питання про особливості застосування ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України щодо злочинів з усіченим складом, адже питання, чи застосовуються в цьому разі законодавчі положення про максимальний розмір чи строк покарання за незакінчений злочин належить у науці до числа дискусійних. Нагадаю, що у проекті постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 8 «Про внесення змін та доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» зазначалось, що в тому випадку, коли диспозицією статті (частини статті) Особливої частини КК передбачено відповідальність за замах на злочин, караний за ст. 348, ст. 379, ст. 400, ст. 443 КК, покарання за скоєне призначається без урахування ч. 3 ст. 68 КК. Однак у текст ухвалені остаточно постанови наведене роз'яснення чомусь не потрапило.

8. Вважаю не зовсім вдалим запропонованим здобувачем формулюванням об'єкта і предмета дослідження. Об'єкт свого дослідження Л.В. Трушківська визначає як злочинні посягання на захисників чи представників особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги як кримінально-правове явище, а предмет дослідження – як кримінально-правову охорону особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (с. 8). За такого підходу об'єкт і предмет дослідження як категорії наукового процесу всупереч встановленим вимогам однозначно не співвідносяться між собою як загальне і часткове. В об'єкті, як відомо, виділяється та його частина, яка є предметом дослідження. Цілком очевидно, що виділити у певних злочинах кримінально-правову охорону неможливо.

Використавши у назві своєї роботи зворот «кримінально-правова охорона», дисертант, на жаль, не висловила з приводу того, яке саме розуміння кримінально-правової охорони вона сприймає при тому, що вказане поняття поки що не знайшло однозначного визначення в кримінально-правовій доктрині.

Предмет дослідження не зовсім точно відображає назву дисертації у тому сенсі, що насправді Л.В. Трушківська присвятила свою роботу кримінально-правовій охороні не всіх особистих благ захисника чи представника особи, включаючи їх власність, статеву свободу, волю, честь і гідність, а лише частини з них – життя, здоров'я і психічного благополуччя вказаних осіб.

До речі, у роботі чітко не пояснено (відповідно, про це можна лише здогадуватись), чому здобувач обмежила сферу свого наукового пошуку, зосередивши увагу на кримінально-правових заборонах, передбачених ст. 398 і ст. 400 КК України. Тим більше, що в наведених у додатках до дисертації законопроекти про внесення змін до

КК України щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за посягання на життя, здоров'я та власність захисника або представника особи у зв'язку з діяльністю по наданню правової допомоги і пояснювальній записці до цього законопроекту (с. 226–230) висловлюються цікаві пропозиції, спрямовані на вдосконалення і ст. 397 КК «Втручання в діяльність захисника чи представника особи», і ст. 399 КК України «Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи».

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.Б. ПОЛТОРАЦЬКОГО «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО- РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження О.Б. Полторацького визначається кількома чинниками. По-перше, це суспільна небезпека досліджуваного злочину, яка полягає у створенні матеріального підґрунтя для збільшення масштабів злочинної діяльності, посиленні інфляційних процесів, порушенні принципу рівноправності суб'єктів підприємницької діяльності, посиленні недобросовісної конкуренції, погіршенні міжнародного іміджу України. Легалізація сприяє особам, які займаються злочинною діяльністю, приховувати свої протиправні діяння та уникати кримінальної відповідальності за вчинене. Законодавче регулювання кримінальної відповідальності за відмивання необхідне передусім в інтересах боротьби з організованою злочинністю. «Брудні» кошти мають бути поставлені поза законом, позбавлені можливості брати участь у легальному обігові з тим, щоб вчинення кримінально караних діянь втратило для злочинців й особливо для учасників організованих угруповань економічний сенс. Тому є зрозумілими зусилля України гармонізувати національне законодавство з вимогами міжнародно-правових стандартів у сфері протидії відмиванню «брудних» доходів і несприйняття позиції, згідно з якою «гроші не пахнуть», а протидія легалізації – це нібито боротьба проти свободи ринкових відносин, дозволити яку собі можуть дозволити хіба що високорозвинені країни. По-друге, це – належність переважної більшості питань кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 209 КК України, до числа дискусійних (місце цієї заборони у системі Особливої частини КК України, визначення переліку предикатних злочинів, наявність вироку суду про предикатний злочин як необхідна ознака відмивання, визначення кола суб'єктів і мети легалізації, її відмежування від суміжних складів злочинів тощо). Слід сказати, що при описанні ознак злочинного відмивання законодавець кожної країни проявляє неабияку винахідливість. Тому вельми складно знайти хоча б дві країни, законодавчі приписи яких, присвячені аналізованому злочину, містили б такі диспозиції відповідних норм, які б повністю збігались. Не є винятком і український законодавець, який виклав аналізовану кримінально-правову заборону таким чином, що вона є складною для сприйняття. Тому і не дивно, що в оперативних співробітників СБУ, як повідомляє дисертант (с. 8), відсутнє системне уявлення про ознаки складу злочину, передбаченого ст. 209 КК, а в літературі інколи з'являються радикальні пропозиції про виключення цієї статті з КК України.

Визначаючи наукову новизну роботи О.Б. Полторацького, слід сказати, що проблематика кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, належить у вітчизняній доктрині до числа активно досліджуваних, у тому числі на дисертаційному рівні. Достатньо сказати, що на відповідну тематику в Україні було захищено близько 10 кандидатських дисертацій. При цьому специфіка кримінально-правової оцінки відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, за матеріалами оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) СБУ і впливу такої оцінки на організацію роботи за оперативно-розшуковими справами предметом окремого монографічного дослідження в Україні поки що не виступала.

Поділяю міркування здобувача про: безпідставність визнання здійснюваної у процесі ОРД кримінально-правової оцінки різновидом неофіційної кваліфікації злочинів; нетотожність понять «кримінально-правова кваліфікація» і «кваліфікація злочинів»; значний вплив міжнародного співтовариства на запровадження в Україні кримінальної відповідальності за легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом; охоплення основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 209 КК України, руху майна у сфері особистого та іншого подібного його використання, не пов'язаного з господарською діяльністю; неправильність визнання ст. 209 КК України нормою із так званою кримінально-правовою преюдицією; недоцільність зниження віку, з якого можлива кримінальна відповідальність за відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, до 14 років; кваліфікацію за сукупністю злочинів дій тієї особи, котра вчинила предикатний злочин і подальше відмивання; необхідність здійснювати розмежування складів злочинів, передбачених ст. 209 і ст. 198 КК України, за всіма елементами цих складів; поділ чинників, які зумовлюють відмивання «брудних» доходів, на внутрішні і зовнішні; доцільність впровадження практики ситуаційних центрів у діяльність вітчизняних правоохоронних органів.

Вельми конструктивною і перспективною вважаю думку О.Б. Полторацького закріпити у законодавстві можливість конфіскації доходів, одержаних злочинним шляхом, поза процедурою кримінального переслідування особи, якщо вона не здатна підтвердити законність походження належних їй доходів (с. 14, 204, 207). Відповідно до ст. 31 Конвенції ООН проти корупції 2003 р., яка набрала чинності для України 1 січня 2010 р., держави – учасниці Конвенції можуть запровадити вимогу, щоб особа, яка вчинила злочин, доводила законне походження доходів, ймовірно отриманих внаслідок злочину, або іншого майна, що підлягає конфіскації, – тією мірою, якою ця вимога відповідає основоположним принципам внутрішнього законодавства країни. Багато

¹ Захист відбувся в березні 2013 р. у Національній академії СБУ.

сучасних держав, узгоджуючи національне законодавство з міжнародно-правовими стандартами, сприйняли ідею презумпції злочинного походження майна, належного особі, засудженій за вчинення певних злочинів (пов'язаних з наркотиками, організованою злочинністю, відмиванням «брудних» доходів тощо). Практика ЄСПЛ і держав, які протягом тривалого часу застосовують цивільну конфіскацію, підтверджує неспроможність доводів про те, що конфіскація у цивільно-правовому порядку порушує право на справедливий судовий розгляд і право власності. Адже володілець майна, як ніхто інший, обізнаний про джерела походження свого майна і може легко продемонструвати їх законність.

Зауваження.

1. Термінологічний зворот «кримінально-правова оцінка матеріалів оперативно-розшукової діяльності», яким активно послуговується дисертант (у тому числі в назві роботи), видається некоректним. Особисто для мене безспірним є те, що кримінально-правовій оцінці підлягають не матеріали ОРД, не оперативна інформація, не певні документи тощо, а поведінка (діяння) людини, в якій (якому) можуть вбачатись ознаки такого злочину, як легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та інформація про яку (поведінку) може бути отримана у тому числі в результаті проведення ОРД. Про те, що кримінально-правова оцінка передбачає оцінку саме діяння людини з точки зору його відповідності чинному КК України, неодноразово пише і здобувач (зокрема, с. 26, 30, 32). Він слушно вказує і на те, що об'єкт кримінально-правової оцінки в процесі здійснення ОРД збігається з об'єктом кримінально-правової кваліфікації: ним виступає діяння, що має зовнішні ознаки злочинної поведінки (с. 23).

2. Присвятивши окремий підрозділ своєї роботи підставам криміналізації та суспільній небезпеці легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, дисертант доводить необхідність і перспективність досліджуваної ним кримінально-правової заборони. Загалом цей висновок заперечень не викликає. Водночас вимушений констатувати, що здобувач досить вільно оперує термінологією, яка в кримінально-правовій доктрині використовується для позначення чинників криміналізації (декриміналізації). Як випливає зі змісту підрозділу 1.2, О.Б. Полторацький фактично не розрізняє такі поняття, як підстави криміналізації, умови криміналізації і принципи криміналізації, використовуючи їх як однопорядкові. Відомо, що питання про кількість, класифікацію і зміст принципів криміналізації, як і питання про зміст і співвідношення підстав, приводів, критеріїв, принципів та умов криміналізації, належить у науці до числа спірних. У зв'язку з цим дисертанту варто було, вказавши на цю обставину, чітко обрати ту чи іншу наукову концепцію систематизації правил криміналізації діянь та форми їх опису, а далі – вже у межах відповідної концепції – послідовно розкривати вади і здобутки запровадження в Україні кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Також у висновку до розділу 1 можна прочитати, що криміналізація відмивання «супроводжувалася порушенням обов'язкових принципів встановлення кримінально-правової заборони системного характеру, у результаті чого ... деякі діяння з підвищеним ступенем суспільної небезпечності залишилися поза межами дії кримінального закону» (с. 65). Хотілось би дізнатись у здобувача, чи існують «необов'язкові» принципи встановлення кримінально-правових заборон, які з цих принципів позбавлені системного характеру, а також, які суспільно небезпечні діяння, що стосуються відмивання, залишилися поза увагою українського законодавця (принаймні з розділу 1 дисертації теза про існування відповідних прогалин не випливає).

3. Окремі міркування дисертанта стосовно об'єкта (у тому числі предмета) аналізованого злочину не відзначаються послідовністю і переконливістю. Так, на С. 126 зазначено, що «суспільно небезпечна шкода безпосередньому об'єкту злочину завдається одним лише використанням предмета у сфері господарської діяльності...». Суть легалізації здобувач вбачає у наданні формально законного вигляду «брудному» майну при його використанні у сфері господарської діяльності (с. 142, 204). Наведена точка зору не бере до уваги ту обставину, що з урахуванням чинної редакції ст. 209 КК відмивання посягає не лише на встановлений з метою протидії залученню в економіку «брудних» коштів порядок здійснення господарської діяльності, а і на порядок вчинення цивільно-правових правочинів у частині використання майна, не пов'язаного з господарською діяльністю. Показово, що на інших сторінках своєї роботи (і про це вже вказувалось у відгуку) О.Б. Полторацький обґрунтовано пов'язує караний за ст. 209 КК рух «брудного» майна не тільки з господарською діяльністю. До речі, із вказаної причини неточним вважаю думку автора про те, що передбачені ст. 209 КК злочинні дії винної особи мають відбуватись «з використанням встановленого механізму господарських відносин, бо тільки так вона може посягнути (порушити) на встановлений порядок господарювання в Україні» (с. 131). Зайвий раз переконуємось у тому, що приписи регулятивного законодавства не дозволяють визнавати господарськими частину відносин, охоронюваних нормами розділу VII Особливої частини КК України.

Занадто стисло (с. 91, 123) розглянув здобувач питання про визнання предикатним злочину, вчиненого за межами України. Вважаю таку стислість невиправданою як з огляду на тему роботи і належність її автора до співробітників СБУ, так і з урахуванням того, що в юридичній літературі висловлюються суперечливі судження щодо необхідності диференціації предикатних злочинів на такі, що вчиняються в Україні та за її межами.

В авторській редакції примітки ст. 209 КК здобувач пропонує визнати предикатним у тому числі діяння, яке визнається злочином за кримінальним законом іншої держави і за таке ж саме діяння передбачена відповідальність КК України (с. 208). Таке ж формулювання містилось у попередній редакції примітки ст. 209 КК. Однак антилегалізаційне законодавство зарубіжних країн має свої особливості, зокрема, щодо визначення переліку предикатних злочинів. Тому не всі злочини, які вважаються первинними щодо кримінально караної легалізації доходів в одній державі, вважаються такими в іншій. З огляду на це, акцент, зроблений у чинній редакції примітки ст. 209 КК не лише на злочинності діяння, вчиненого за кордоном, а і на його предикатності у зарубіжній країні, є виправданим. У будь-якому разі цю проблему дисертанту варто було докладно розглянути.

Здобувач некритично відтворює роз'яснення Пленуму ВСУ про те, що не є предметом легалізації кошти або інше майно, одержані внаслідок здійснення службовою особою всупереч встановленому порядку операцій з активами, що перебувають у податковій заставі і в подальшому використовуються суб'єктом господарювання при здійсненні господарської діяльності, оскільки такі активи мають легальне походження (с. 89). Але ж з погляду застосування ст. 209 КК нас має цікавити «кримінально-правовий статус» не заставлених активів, а того майна, яке використовується у правомірній фінансово-господарській діяльності юридичної особи замість реалізованих заставлених активів і яке у розглядуваній ситуації одержане злочинним шляхом – шляхом проведення незаконної операції, що утворює склад відповідного службового злочину. На користь обмежувального тлумачення кримінального закону у цьому разі, вочевидь, можна навести таке міркування: злочинне відчуження активів, що перебувають у податковій заставі, не призводить до збільшення (природування) майна суб'єкта господарювання, а тому не дозволяє вести мову про одержання доходу як такого.

4. Не всі пропозиції здобувача, спрямовані на вдосконалення вітчизняного законодавства, сприймаються однозначно.

Так, дисертант висловлюється за узгодження диспозицій ч. 2 ст. 209-1 КК України і ч. 2 ст. 166-9 КпАП у частині їх чіткого розмежування за формою вини (с. 208). Щоправда, з назви ст. 209-1 КК України і так однозначно випливає, що передбачене ч. 2 цієї статті розголошення інформації є різновидом умисного порушення вимог антилегалізаційного законодавства. Основною ж розмежувальною ознакою злочинного розголошення інформації, яка надається спеціально уповноваженому органу (ч. 2 ст. 209-1 КК), та адміністративно караного розголошення вигляді відповідної інформації (про нього, до речі, говориться не у ч. 2, а у ч. 3 ст. 166-9 КпАП), на сьогодні виступає заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. Інша річ, що оціночний характер цієї розмежувальної ознаки може викликати зловживання у правозастосуванні і знизити ефективність відповідної кримінально-правової заборони (ст. 209-1 КК України), у зв'язку з чим зусилля доктрини передусім мають спрямовуватись на розв'язання цієї проблеми.

Прагнення дисертанта спростити законодавчу конструкцію кримінально-правової заборони про відповідальність за відмивання слід оцінити схвально. Разом з тим ознайомлення із запропонованою в роботі редакцією диспозиції ч. 1 ст. 209 КК (с. 207) показує, що вона навряд чи дозволить вирішити основні проблеми, пов'язані із тлумаченням і застосуванням цієї норми. Показово, що стосовно чинної редакції ст. 209 КК здобувач робить серйозні і цілком слушні зауваження (с. 145), але ж такі саме зауваження можуть бути адресовані і дисертанту з приводу висунутої ним редакції ч. 1 ст. 209 КК. І щодо неї виникатимуть серйозні труднощі у частині розуміння об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину «відмивання» та його відмежування від складу злочину, передбаченого ст. 198 КК. На моє переконання, у вдосконаленій ст. 209 КК мова повинна йти про вчинення дій, спрямованих на надання правомірного вигляду володінню, користуванню або розпорядженню майном, одержаним внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації доходів. Цікаво, що цей підхід поділяється здобувачем, який вказує на необґрунтованість виокремлення такої форми об'єктивної сторони легалізації, як «вчинення дій, спрямованих на приховування чи маскуванню чи маскуванню незаконного походження предмету чи володіння ним, прав на предмет, джерела його походження, місцезнаходження, переміщення» (с. 205). Постає питання: якщо таке формулювання є необґрунтованим, то чому автор використовує його у своїй редакції диспозиції ч. 1 ст. 209 КК України?

Віднесення досудового розслідування злочину, передбаченого ст. 209 КК України, до підслідності слідчих органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, виглядає нелогічним кроком нашого законодавця з огляду на існування в цій статті КК так званого податкового застереження. Пропозиція дисертанта про внесення змін до ст. 216 КПК України і віднесення досудового розслідування злочину, передбаченого ст. 209 КК, до підслідності органів безпеки (с. 12, 208) заслуговує на підтримку. Разом з тим автор демонструє непослідовність, коли у вступі і висновках дисертації вказує на доповнення ч. 2 ст. 216 КПК України 2012 р. лише статтею 209 КК, а наприкінці розділу 3 (с. 200) веде мову про доцільність проведення органами СБУ досудового розслідування і злочину, караного за ст. 209-1 КК. Йдеться про умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

5. Дисертант допускає окремі неточності при викладенні законодавчих положень. Так, на С. 58 роботи стверджується, що з прийняттям і набранням 1 вересня 2001 р. КК України дане чітке визначення поняття відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом. Далі автор наводить чинні редакції диспозиції ч. 1 ст. 209 КК і примітки цієї статті, забуваючи згадати про те, що в первісній редакції цієї статті КК містилось відмінне від нинішнього визначення відмивання і була відсутня дефініція предикатного злочину і що ст. 209 КК, викладена в новій редакції на підставі Закону від 16 січня 2003 р., зазнавала змін згідно із законами України від 18 травня 2010 р. і від 15 листопада 2011 р.

Відповідальність за приховування злочину на підставі ст. 396 КК України настає тоді, коли заздалегідь не обіцяне приховування стосується не лише особливо тяжкого злочину (с. 155–156), а і тяжкого злочину. У чинній редакції ст. 306 КК України передбачено відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу не лише наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (с. 159), а й отруйних чи сильнодіючих речовин, а також отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів.

Відносячи Росію до групи країн, законодавство яких визнає злочином відмивання доходів, одержаних незаконним (а не обов'язково злочинним) шляхом (с. 59), дисертант не враховує того, що ще в липні 2001 р. було ухвалено Федеральний закон РФ «Про протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом», відповідно до якого легалізацією визнано надання правомірного вигляду володінню, користуванню або розпорядженню грошовими коштами та іншим майном, отриманим внаслідок вчинення злочину (за винятком злочинів, передбачених ст. ст. 193, 194, 198, 199 КК РФ). На підставі Федерального закону від 14 липня 2001 р. ст. 174 КК викладено в новій редакції, і тепер вона має назву «Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, придбаних іншими особами злочинним шляхом».

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ В.С. КОШЕВСЬКОГО «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ЄДИНОГО ВНЕСКУ НА ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ СОЦІАЛЬНЕ СТРАХУВАННЯ ТА СТРАХОВИХ ВНЕСКІВ НА ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВЕ ДЕРЖАВНЕ ПЕНСІЙНЕ СТРАХУВАННЯ»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження В.С. Кошевського зумовлена кількома обставинами. По-перше, це закріплення в ст. 46 Конституції України права громадян на соціальний захист, яке включає право на їх забезпечення у випадках, передбачених законом, та яке гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, інших джерел соціального забезпечення. Реалізація соціальної функції Української держави на сьогодні серйозно ускладнюється з огляду на погіршення демографічної ситуації і тінізацію економіки. Так, у Рекомендаціях парламентських слухань «Стан проведення пенсійної реформи та шляхи її вдосконалення», схвалених постановою Верховної Ради України від 5 квітня 2011 р., зазначається, що більше половини економічного обороту, а отже, заробітної плати перебуває в тіньовому секторі економіки, з якого не сплачуються страхові внески. Велика частина роботодавців фіктивно декларує заробітну плату працівників на рівні мінімальної, що є причиною низьких надходжень до Пенсійного фонду України; близько 120 тис. керівників підприємств офіційно одержують мінімальну зарплату. За таких обставин перед наукою постає питання про пошук шляхів підвищення ефективності кримінально-правової заборони щодо ухилення від сплати страхових внесків, покликаної забезпечувати виконання порядку формування доходної частини системи загальнообов'язкового державного соціального страхування. По-друге, це відсутність окремих монографічних робіт, присвячених кримінальній відповідальності за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, при тому, що чимало аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, належить до числа спірних. Сказане стосується: кримінально-правової оцінки ухилення від сплати збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, який сплачується з окремих видів господарських операцій; виправданості згадування у тексті ст. 212-1 КК України (поряд з єдиним внеском на загальнообов'язкове державне соціальне страхування) страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування; розуміння ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування; визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, осіб, які беруть добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, тощо. Описуючи ознаки складу розглядуваного злочину і спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за нього, наш законодавець вирішив не ламати голову і фактично відтворив відповідні характеристики ухилення від сплати податків і зборів, передбаченого ст. 212 КК України. Дати аргументовану і кваліфіковану відповідь на питання, чи є оптимальним такий варіант удосконалення кримінального законодавства, покликано захищати нормальне функціонування системи загальнообов'язкового державного соціального страхування (а точніше формування її доходної частини), можна лише за результатами розгорнутого наукового дослідження, яке передбачає вивчення генези кримінальної відповідальності за ухилення від сплати страхових внесків в Україні, звернення до відповідного зарубіжного досвіду, докладний аналіз складу злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, і заходів кримінально-правового впливу, які можуть застосовуватись до порушників цієї кримінально-правової заборони. По-третє, це складність визначення перспектив досліджуваної кримінально-правової заборони з урахуванням її тісної взаємодії із позбавленим стабільності і суперечливим регулятивним законодавством. Передусім маю на увазі зміну адміністрування соціальних внесків, пов'язану зі створенням Міністерства доходів і зборів України і покладанням на цей державний орган частини функцій, виконуваних раніше Пенсійним фондом України.

Визначаючи наукову новизну дисертації В.С. Кошевського, слід сказати, що ця робота є першим в Україні монографічним дослідженням, присвяченим кримінально-правовій характеристиці ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

Поділяю міркування здобувача про: неправильність ототожнення відносин щодо наповнення фондів соціального страхування і відносин, пов'язаних зі сплатою страхових внесків, і посягання злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, на відносини другого виду; безпідставність визнання ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове дер-

¹ Захист відбувся 26 червня 2013 р. у Національній академії внутрішніх справ.

жавне пенсійне страхування триваючим злочином і водночас про можливість вчинення цього діяння у формі продовжуваного злочину; визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, зокрема, членів сімей фізичної особи – підприємця, які займаються з ним підприємницькою діяльністю, отримують частину доходу від заняття цією діяльністю та не перебувають з ним у трудових або цивільно-правових відносинах, а так само осіб, які не належать до кола осіб, що підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, однак добровільно виявили бажання взяти участь у солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування; можливість вчинення аналізованого злочину як з прямим, так і з непрямим умислом; можливість інкримінування ст. 367 КК України «Службова недбалість» службовим особам, які не сплатили страхові внески через необережність; правильність кваліфікації ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, поєднаного з підробленням і використанням підробленого документа, за сукупністю злочинів, передбачених ст. 212-1 і ст. 366 (ст. 358 КК); доцільність розширення змісту спеціального рецидиву як особливо кваліфікуючої ознаки злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, за рахунок непогашеної судимості особи за умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів); необхідність впровадження іноземного досвіду в законодавство про кримінальну відповідальність України для більш ефективної боротьби із злочинністю.

Дисертант має рацію, коли пише, що відносини, які становлять безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, немає підстав визнавати господарськими, позаяк ці відносини лежать у площині державних фінансів (с. 12–13, 72–79, 80, 119, 148). Приписи регулятивного законодавства (маю на увазі передусім ч. 1 ст. 3 Господарського кодексу України, яка містить визначення господарської діяльності) не дозволяють визнавати господарськими частину відносин, охоронюваних розділом VII Особливої частини КК України, у тому числі відносини, пов'язані зі сплатою податкових і страхових внесків, а також приватизаційні відносини. Тому проблема вдосконалення системи Особливої частини КК України, на яку (проблему) доречно звернув увагу дисертант, і надалі зберігатиме свою актуальність для кримінально-правової науки.

Зауваження.

1. Дискусійною вважаю пропозицію дисертанта виключити з ч. 1 ст. 212-1 КК України словосполучення «якщо таке діяння призвело до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у значних розмірах» і перетворити у такий спосіб передбачений цією нормою склад злочину у формальний (с. 11–12, 104, 149, 188). При цьому чомусь не пропонується з примітки ст. 212-1 КК усунути вказівку на те, що слід розуміти під значним розміром несплачених сум страхових внесків. На мій погляд, чинний КК України загалом виважено виходить з того, що суми несплачених страхових внесків дозволяють не лише диференціювати кримінальну відповідальність за ухилення від їх сплати, а і відмежувати злочинні порушення соціального законодавства від незлочинних (кримінальний закон покликаний захищати систему загальнообов'язкового державного соціального страхування лише від тих правопорушників, поведінка яких є суспільно небезпечною). Висуненню пропозицій, спрямованих на перетворення складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК, із матеріального у формальний, мав би передувати всебічний аналіз такого серйозного законодавчого кроку під кутом вироблених наукою принципів криміналізації.

Аргументуючи свою пропозицію, В.С. Кошевський, зокрема, пише, що «при мінливості законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування можуть виникнути певні труднощі з встановленням моменту сплати страхових внесків для різних категорій платників таких внесків, а отже і встановленні моменту настання злочинного наслідку при ухиленні від сплати» (с. 105). Але навіть якщо склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК, стане формальним, для встановлення моменту закінчення цього злочину необхідно буде визначати кінцевий момент сплати страхових внесків, закріплений регулятивним законодавством.

На думку дисертанта, конструкція складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК України, як формального дозволить посилити кримінально-правову охорону правомірного функціонування системи загальнообов'язкового соціального страхування, оскільки «з'являться підстави присікти злочинні ухилення від сплати страхових внесків на стадіях взяття їх на облік, їх розрахунку і нарахування до сплати...» (с. 103). Оскільки дисертант не поділяє (і в цьому я його підтримую) наукової позиції, згідно з якою аналізований злочин вчиняється тільки шляхом «чистої бездіяльності», у роботі бажано було б з'ясувати можливість кримінально-правової оцінки зловживань, пов'язаних із страховими внесками, до кінцевого моменту їх сплати як замаху на вчинення злочину, передбаченого тією чи іншою частиною ст. 212-1 КК України.

Сумлінно підрахувавши суми страхових внесків, які складають значний, великий та особливо великий розміри як ознаки, відповідно, основного, кваліфікованого та особливо кваліфікованого складів ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (с. 226), здобувач не звернув уваги на притаманну чинному КК України фундаментальну проблему, яку можна позначити як довільність і відсутність уніфікації показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів у сфері господарської

діяльності. Науковці, як правило (і В.С. Кошевський не виняток), демонструючи відсутність системного підходу, не йдуть з цієї проблеми далі законодавця. Існуючу ситуацію з виробленням обґрунтованих вартісних критеріїв злочинності діянь у сфері господарської діяльності можна зрозуміти (але не виправдати): для вироблення цих критеріїв необхідним є проведення серйозних кримінологічних та емпіричних досліджень.

2. Не до кінця продуманою вважаю пропозицію зобувача виключити з КпАП ст.ст. 165-2, 165-3, 165-4 і 165-5 (с. 104–105, 149, 188–189). По-перше, якщо вже і визнавати злочином ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування у будь-якому, навіть мінімальному розмірі, з чим я, як вже зазначалось, не погоджуюсь, то з КпАП з метою усунення колізії треба виключати не ст. 165-2 «Порушення порядку формування та застосування цін і тарифів», а ст. 165-1 «Порушення законодавства про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», якою встановлено відповідальність у тому числі за несплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Щоправда, повністю виключати з КпАП ст. 165-1 не слід, оскільки вона передбачає відповідальність не лише за ті порушення законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, які означають несплату страхових внесків (казане стосується, наприклад, порушення встановленого порядку використання та здійснення операцій з коштами накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування).

По-друге, ст.ст. 165-3, 165-4 і 165-5 КпАП визнають правопорушеннями ті різновиди поведінки, що стосуються грошових сум, які вже надійшли до належного адресата, і не спроможні спричинити суспільно небезпечні наслідки у вигляді фактичного ненадходження коштів у значному розмірі як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 212-1 КК. У цих адміністративно-правових нормах говориться про порушення певними особами порядку використання коштів загальнообов'язкового державного соціального страхування, несвоєчасне або неповне їх повернення, несвоєчасне подання або неподання визначених законом відомостей, подання недостовірних відомостей про використання цих коштів.

3. Ст. 212 і ст. 212-1 КК України дисертант розглядає як загальну і спеціальну норми (с. 104, 149, 180, 182, 187, 188), уточнюючи при цьому, що ст. 212-1 КК є «порівняно спеціальною, тобто такою, що була виділена із загальної (ст. 212 КК України) і передбачає відповідальність за поведінку, що раніше не регулювалась кримінальним правом» (с. 170). Я не можу погодитись ні з викладеною позицією, ні з її обґрунтуванням. З урахуванням того, що в Україні справляння страхових внесків, які фігурують у ст. 212-1 КК, здійснюється поза межами системи оподаткування, а в ст. 212 КК йдеться про ухилення від сплати обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування, немає підстав визнавати співвідношення вказаних кримінально-правових норм співвідношенням спеціальної і загальної норм, відповідно. Говорити, як це робить зобувач, про те, що раніше (до виокремлення ст. 212-1 КК України) ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування не тягнуло за собою кримінальної відповідальності, також неправильно: 1) поки страхові внески розцінювались як складова системи оподаткування, ухилення від їх сплати визнавалось кримінально караною поведінкою в межах ст. 212 КК; 2) з моменту набрання чинності Законом України від 9 липня 2003 р. «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», який виключив страхові внески із системи оподаткування, і до набрання чинності Законом від 17 листопада 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», на підставі якого КК України було доповнено ст. 212-1, залежно від особи платника страхових внесків до солідарної системи державного пенсійного страхування кримінально-правова оцінка його незаконній поведінці могла даватись із зверненням до ст. 364 або ст. 192 КК. З огляду на сказане, неточною слід визнати позицію дисертанта, який виникнення кримінальної відповідальності за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування пов'язує з 2005 р. і початком реалізації пенсійної реформи в Україні (с. 41).

До речі, з урахуванням того, що ст. 212 і ст. 212-1 КК не співвідносяться між собою як загальна і спеціальна кримінально-правові норми, передбачені ними злочини можуть утворювати не лише реальну сукупність, як стверджує дисертант (с. 170), а й ідеальну сукупність. Наприклад, у випадку застосування неофіційних форм оплати праці найманих працівників відбувається не лише приховування або заниження страховальником – роботодавцем сум заробітної плати, на які нараховуються страхові внески, а і неперерахування податковим агентом податку на доходи фізичних осіб, у зв'язку з чим діяння винного у такій ситуації за наявності підстав можуть утворювати ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК.

4. Аналізуючи таку кваліфікуючу ознаку ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, як вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, дисертант наполягає на тому, що ця кваліфікуюча

ознака має місце у випадку вчинення злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, двома або більше особами, котрі наділені ознаками суб'єкта цього злочину і діяли як співвиконавці або з розподілом ролей (с. 157, 165, 181, 186). Наведена позиція не може не викликати зауважень.

Передусім зверну увагу на те, що включення у цьому разі до складу групи осіб, які діють за попередньою змовою, лише тих осіб, які визнаються спеціальними суб'єктами злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, фактично спростовує той єдиний аргумент, який В.С. Кошевський наводить на користь своєї позиції з позначеного і вельми дискусійного у літературі питання. Адже Н.О. Гуторова, до думки якої приєднався дисертант, веде мову про те, що, наприклад, для керівника підприємства, який ухиляється від сплати обов'язкових платежів, участь у цьому злочині пособника, який надає інформацію стосовно схем ухилення або сприяє їх застосуванню, є значно «кориснішою», ніж участь як співвиконавця головного бухгалтера підприємства. Цілком очевидно, що такий фахівець зі злочинної «податкової мінімізації» зовсім не обов'язково повинен мати ознаки спеціального суб'єкта злочину, передбаченого ст. 212 або ст. 212-1 КК України, хоч саме такий висновок впливає з висловлювань здобувача.

Основне ж моє зауваження полягає у тому, що міркування В.С. Кошевського стосовно якісного складу групи осіб за попередньою змовою є занадто фрагментарними і такими, що не ґрунтуються на новітніх працях вітчизняних науковців, спеціально присвячених цій кримінально-правовій проблемі. Йдеться, зокрема, про такі роботи, як: Ярмиш Н. Проблеми кваліфікації злочинів, вчинених групою осіб за попередньою змовою // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 4. – С. 53–57; Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012; Ганова Г.О. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012; Ткаченко В.В. Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за Кримінальним кодексом України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. У дисертації я не знайшов переконливого спростування доводів вітчизняних дослідників – прихильників традиційної (домінуючої) позиції, згідно з якою при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці. За таких обставин позиція дисертанта з питання про склад групи осіб за попередньою змовою як кваліфікуючої ознаки ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування потребує додаткової аргументації під час захисту.

5. Не всі міркування дисертанта, пов'язані з тлумаченням та удосконаленням ч. 4 ст. 212-1 КК України як заохочувальної норми, сприймаються однозначно. Так, некритично відтворюючи наведену в літературі точку зору, здобувач під вчиненням злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, вперше розуміє усього дві ситуації: або особа раніше взагалі не притягувалась до кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину, або судимість як результат засудження за його вчинення було погашено (с. 114). Насправді під вчиненням ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування вперше як умовою звільнення від кримінальної відповідальності згідно з ч. 4 ст. 212-1 КК потрібно розуміти щонайменше і такі ситуації: 1) особа, хоч і вчинила раніше відповідний злочин, проте у встановленому законом порядку, у тому числі на підставі ч. 4 ст. 212-1 КК була звільнена від кримінальної відповідальності за нього; 2) особа була притягнена до кримінальної відповідальності за вчинення розглядуваного злочину, однак її поведінку суд за раніше пред'явленим обвинуваченням через відсутність умислу кваліфікував не за ст. 212-1, а за ст. 367 КК.

Складно погодитись із дисертантом, який неодноразово стверджує, що застосування ч. 4 ст. 212-1 КК України має здійснюватись з урахуванням ст. 45 КК України (с. 118, 119, 149, 185). Така точка зору ігнорує поділ видів звільнення від кримінальної відповідальності на загальні (до яких належить, зокрема, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям) і спеціальні (закріплені в Особливій частині КК, стосуються складів конкретних злочинів і формулюються з урахуванням специфіки того чи іншого злочину і конкретної мети, якої прагне досягнути держава). Інша річ, що при вдосконаленні ч. 4 ст. 212-1 КК, як на цьому слушно наголошує В.С. Кошевський, можуть братись до уваги окремі елементи кримінально-правового заохочення, втіленого у ст. 45 КК України.

Дисертант пропонує викласти ч. 4 ст. 212-1 КК у такій редакції: «Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, відшкодувала шкоду, завдану фондам загальнообов'язкового державного соціального страхування їх несвоєчасною сплатою (штрафні санкції, пеня), а також сприяла розкриттю та (або) розслідуванню злочину» (с. 118, 149–150, 188). Як бачимо, за винятком додаткової вказівки на сприяння розкриттю та (або) розслідуванню злочину, наведена редакція заохочувальної норми не відрізняється в кращий бік від чинної редакції ч. 4 ст. 212-1 КК України. Так, пеня і штрафні санкції розглядаються у ній як складові шкоди, заподіяної несвоєчасною сплатою

страхових внесків, з чим важко погодитись. Адже у складах злочину, передбаченого ст. 212-1 КК, майнова шкода виступає у формі несплаченого (недоплаченого) обов'язкового внеску, тобто шкода у цьому разі тожнота заподіяним суспільно небезпечним наслідкам, які, з огляду на примітку до ст. 212-1 КК, обчислюються без урахування штрафних санкцій і пені.

Запропонована В.С. Кошевським редакція ч. 4 ст. 212-1 КК України також не вносить ясності з вельми дискусійного питання, хто з погляду застосування цієї заохочувальної норми має відшкодовувати заподіяну злочином шкоду і сплачувати пеню та штрафні санкції у випадку, коли платник страхових внесків не збігається з особою, яка притягується до кримінальної відповідальності (типовий приклад: платником страхових внесків є юридична особа, а підозрюваним у вчиненні аналізованого злочину – її керівник). Залишається відкритим і питання про доречність використання у тексті аналізованої заохочувальної норми звороту «до притягнення до кримінальної відповідальності». Під час дії попереднього КПК доктрина і практика, з'ясовуючи зміст цього звороту, як відомо, брали до уваги рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) від 27 жовтня 1999 р. Однак у зв'язку з ухваленням КПК 2012 р. граничний момент розрахунків з державою тим, хто воліє уникнути кримінальної відповідальності за ухилення від сплати страхових внесків на підставі ч. 4 ст. 212 КК-1, змістився. Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу притягнення до кримінальної відповідальності – це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Видається, що зміна змістовного наповнення законодавчого звороту «притягнення до кримінальної відповідальності» стимулюватиме своєчасність позитивної посткримінальної поведінки, сприятиме більш оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати страхових внесків. Разом з тим сама процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення в тому вигляді, в якому вона виписана у ст.ст. 276–278 чинного КПК, здатна, на мою думку, взагалі унеможливити застосування ч. 4 ст. 212-1 КК, як і інших заохочувальних приписів чинного КК, в яких вживається словосполучення «до притягнення до кримінальної відповідальності», або принаймні поставити долю цих приписів у повну залежність від розсуду правозастосувача. Хотілось б, щоб під час захисту дисертант висловив своє бачення цієї проблеми і можливих шляхів її розв'язання.

Крім цього, сумніваюсь, що в ч. 4 ст. 212-1 КК України, викладену в редакції, ініційованій В.С. Кошевським, закладено «превентивно-профілактичну мотивацію», на необхідності чого дослідник наголошує у своїй роботі (с. 13, 149, 185). Фактично ч. 4 ст. 212-1 КК і надалі буде розрахована на тих, «кому не повезло» і «кого схопили за руку»: 1) її дія поширюватиметься на вже виявлені факти ухилення від сплати страхових внесків; 2) за її допомогою особа не спонукатиметься до добровільного з'явлення із зізнанням і повідомлення про невідомі для правоохоронних органів факти злочинних порушень страхового законодавства.

6. Окремі неточності і негаразди допущені автором при висвітленні зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії ухиленню від сплати страхових внесків. Так, коли здобувач аналізує § 266а КК ФРН «Утримання і розтрата заробітної плати», він не враховує того, що цю кримінально-правову норму на підставі Федерального закону від 23 липня 2004 р. було викладено у новій редакції, а надалі змінено відповідно до Федерального закону від 31 жовтня 2006 р. (див.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М., 2010. – С. 196–197). Як наслідок, твердження дисертанта, наприклад, про те, що коло суб'єктів злочину, караного за § 266а КК ФРН, «звужено виключно до роботодавців» (с. 49), не відповідає дійсності, оскільки відповідальність за цією нормою можуть нести замовники надомників, майстри-посередники і деякі інші особи.

На С. 46–47 дисертації зазначається, що в кримінальних кодексах низки зарубіжних країн відсутні норми про відповідальність за ухилення від сплати страхових внесків. Створюється враження, що в цих країнах (зокрема, в Італії) таке діяння злочином не визнається. Але ж відповідні кримінально-правові заборони можуть міститись не лише в кримінальних кодексах. Так, ст. 37-1 Закону Італійської Республіки від 24 листопада 1981 р. № 689 «Зміни карної системи» із змінами передбачає покарання у вигляді позбавлення волі для роботодавця, який з метою уникнення повної або часткової сплати відрахувань і страхових внесків у сфері обов'язкового соціального забезпечення та страхування не подає належні декларації або подає декларації із записами, які повністю або частково не відповідають дійсності (див.: Адміністративне деліктне законодавство: Зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / Автор-упорядник О.А. Банчук. – К., 2007. – С. 426).

Ведучи мову про те, як у США на федеральному рівні ведеться боротьба з діяннями, подібними до передбаченого у ст. 212-1 КК України (с. 54–56), дисертант залишив поза своєю увагою єдине в Україні монографічне дослідження, в якому проведено поглиблений аналіз злочинних порушень американського податкового законодавства (див.: Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність за податкові злочини за федеральним законодавством США: монографія / наук. ред. О.О. Дудоров. – Луганськ, 2011. – 424 с.).

Після ознайомлення з підрозділом 1.3 дисертації виникло і більш глобальне питання, відповіді на яке відшукати в дисертації не вдалось: як з усього різноманіття відповідного зарубіжного досвіду вибрати ті

його аспекти, які є найбільш прийнятними для сучасної України? Чому, наприклад, не взяти на озброєння позбавлений казуїстики підхід законодавців Латвії, Чехії і Хорватії, які відповідальність за ухилення від сплати податків та за ухилення від сплати прирівняних до них соціальних платежів передбачають у межах однієї кримінально-правової норми. Тим більше, що, як наочно показав дисертант, кримінальне законодавство переважної більшості країн світу взагалі не виокремлює спеціальних заборон, аналогічних ст. 212-1 КК України.

ВІДГУК НА ДОКТОРСЬКУ ДИСЕРТАЦІЮ О.О. КВАШІ «СПІВУЧАСТЬ У ЗЛОЧИНІ: СУТНІСТЬ, СТРУКТУРА ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ»¹

У сучасних умовах розбудови правової держави важливе місце займає протидія злочинності, особливо організованим її формам. Організовані групи та злочинні організації завдають значної шкоди державі, посягають на права та свободи людини, власність, громадський порядок, громадську безпеку, інші охоронювані кримінальним законом суспільні відносини. Недооцінювати загрозу організованих груп і злочинних організацій не слід, зважаючи на високий ступінь суспільної небезпеки вчинюваних ними злочинів, з одного боку, та високий рівень латентності останніх – з іншого. При цьому зрозуміло, що стан кримінально-правового забезпечення протидії організованим злочинності залежить передусім від доктринальної розробленості проблематики співучасті у злочині загалом. При цьому юридичною наукою поки що не сформульовано усталеної позиції з низки серйозних питань, які стосуються інституту співучасті у злочині. У правозастосовній діяльності нерідко виникають труднощі під час кваліфікації злочинів, учинених злочинними об'єднаннями, зокрема ті, що пов'язані з розумінням кримінально-правових ознак цих об'єднань, їх розмежуванням, застосуванням правил кваліфікації злочинів, учинених у співучасті. Не можна визнати досконалим зміст статей КК України про відповідальність за злочини, пов'язані зі створенням організованих груп і злочинних організацій та участю в них, оскільки законодавець недостатньо якісно диференціював відповідальність за такого роду протиправні діяння.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що у дисертації вперше після набрання чинності Кримінальним кодексом України 2001 р. здійснено системно-структурний аналіз інституту співучасті у злочині, на підставі чого сформульовано оригінальні авторські підходи до розв'язання нагальних проблем кримінальної відповідальності за злочини, вчинювані у співучасті.

Заслужують на підтримку міркування дисертанта про: відсутність підстави кримінальної відповідальності у випадку відсутності у людини вибору того чи іншого варіанту поведінки; оціночний характер поняття «суспільна небезпечність»; склад злочину як систему відповідних ознак; нерозривну єдність Загальної та Особливої частини КК України; розуміння співучасті як системно-структурного об'єднання взаємопов'язаних елементів; об'єктивно-суб'єктивний характер спільності як ключової характеристики співучасті у злочині; неприпустимість зарубіжного досвіду регламентації ексцесу виконавця як такого, що суперечить принципу суб'єктивного ставлення у вину; можливість співучасті у злочинах, вчинюваних із непрямим умислом; існування випадків необхідної співучасті; час вчинення злочину організатором, підбурювачем і пособником; доцільність синтезу (симбіозу) теорій акцесорності і самостійності кримінальної відповідальності співучасників; недоцільність на сьогоднішньому етапі розвитку кримінально-правової науки закріплення законодавчого визначення причинного зв'язку; опосередкований характер причинного зв'язку у співучасті з розподілом ролей; необхідність перенесення визначення «посереднього» виконавця (а точніше суб'єкта) злочину за межі розділу КК «Співучасть у злочині» та охоплення цим визначенням, зокрема, випадків використання особи, котра діє з необережності; кваліфікацію дій співучасників дітовбивства за відповідною частиною ст. 27 і ч. 2 ст. 115 КК; доцільність уточнення законодавчого визначення ексцесу при вчиненні злочину у співучасті; розуміння ініціатора не як окремого виду співучасника, а додаткової характеристики виконавця, підбурювача або організатора; співвідношення між підбурюванням до злочину і провокацією злочину; необхідність призначення більш суворого покарання співучаснику, який при вчиненні злочину поєднував дві або більше ролі; доречність уточнення назви ст. 28 КК України; належність постанов Пленуму Верховного Суду України до джерел кримінального права; неправильність використання звороту «злочинна діяльність» у тексті кримінального закону; неузгодженість між ч. 4 ст. 28 і ст. 255 КК і необхідність усунення цієї неузгодженості у законодавчому порядку; доцільність диференціації кримінальної відповідальності для організаторів та учасників масових заворушень. Відзначаються продуманістю сформульовані у дисертації авторські визначення понять «структура співучасті у злочині», «співучасть у злочині», «форма співучасті у злочині», «диференціація кримінальної відповідальності співучасників», «посередній суб'єкт злочину».

Зауваження.

1. Не всі міркування дисертанта стосовно підстави кримінальної відповідальності сприймаються однозначно. Так, вказану підставу О.О. Кваша визначає як систему передбачених у кримінальному законі ознак, наявних у діянні особи, які є достатніми для застосування до неї передбачених цим законом негативних наслідків у вигляді позбавлення чи обмеження її прав та свобод (с. 40, 115). Видається, що наведене визначення не враховує передбачену КК України можливість реалізації кримінальної відповідальності без призначення покарання, у межах якої кримінальна відповідальність обмежується втіленням в обвинувальному вирокі суду осудом злочинця і того, що він вчинив, і не поєднується з примусом у вигляді позбавлення чи обмеження прав і свобод людини.

¹ Захист відбувся 23 липня 2013 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

Здобувач поділяє поширену в літературі точку зору, згідно з якою наявність в діянні особи складу злочину є єдиною і достатньою підставою кримінальної відповідальності (с. 47, 52 та ін.). Висловлю сумнів у достатності в цьому разі складу злочину, оскільки ознак, які утворюють склад того чи іншого злочину, вистачає для кваліфікації злочину, однак недостатньо для настання кримінальної відповідальності: на застосування заходів кримінально-правового впливу як складової кримінальної відповідальності впливають і ті юридично значущі обставини, які знаходяться поза межами складу злочину (наприклад, обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання, зазнавання особою покарання за злочин, вчинений за межами України). У цьому сенсі дисертант має рацію, коли як про підставу кримінальної відповідальності пише про «систему передбачених кримінальним законом ознак», не обмежуючи таку систему складом злочину.

У контексті з'ясування підстави кримінальної відповідальності здобувач обґрунтовує необхідність введення в науковий обіг поняття «частина складу злочину» (юридична і фактична) (с. 115 – 116). З урахуванням того, що склад злочину – це типова законодавча модель певної злочинної поведінки, яка існує незалежно від того, чи скоєно злочин, описаний у такій моделі, мені складно погодитись з О.О. Квашею, яка виокремлює в складі злочину юридичну і фактичну частини. Коректніше, на мою думку, вести мову про єдність (цілісність) юридичної (склад злочину) і фактичної (акт поведінки людини) сторін (аспектів) злочину або, як це робить М.І. Панов, говорити про ускладнений (бінарний) характер передбаченої ч. 1 ст. 2 КК підстави кримінальної відповідальності, виокремлюючи в цій підставі фактичну умову (вчинення особою суспільно небезпечного діяння) та юридичну умову (наявність у вчиненому діянні складу злочину).

2. Цілком виправдано, з огляду на тему дисертації, здобувач висвітлює серед іншого і проблеми призначення покарання співучасникам. При цьому якщо ч. 4 ст. 68 чинного КК України не конкретизує вплив характеру і ступеня участі особи у вчиненні злочину на покарання, що призначається співучаснику, віддаючи вирішення цього питання на суддівський розсуд, О.О. Кваша, будучи (треба так розуміти) прибічницею формалізації правил призначення покарання, пропонує доповнити ч. 4 ст. 68 КК України такою нормою: «Розмір покарання організатора (керівника) організованої групи чи злочинної організації не може бути меншим, ніж три чверті максимального строку найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК» (с. 289, 378). Щоправда, крім посилання на ст. 66 КК Республіки Білорусь (с. 240–241), я не знайшов у дисертації обґрунтування доречності саме наведеного варіанту обмеження суддівського розсуду, як і спростування традиційної для вітчизняного кримінального права позиції (наприклад, В.І. Тютюгін і О.В. Ус), згідно з якою неможливо стверджувати заздалегідь, роль якого саме співучасника злочину є найбільш суспільно небезпечною, а отже, кому із співучасників має призначатись більш суворе покарання. Цікаво, що О.О. Кваша веде мову про підвищену суспільну небезпеку поведінки організатора злочину взагалі, а ініційована нею норма щодо встановлення нижньої межі покарання стосується лише організатора і керівника організованої групи чи злочинної організації.

Переконаний у тому, що проблематика формалізації призначення покарання співучасникам потребує більш ретельного опрацювання з урахуванням як вироблених у доктрині підходів, так і різноманітного зарубіжного досвіду.

Постає і питання, чи не унеможливить положення, яким пропонується доповнити ч. 4 ст. 68 КК України, призначення організатору або керівнику організованої групи чи злочинної організації довічного позбавлення волі, якщо таке покарання альтернативно передбачено санкцією норми Особливої частини КК. Складається враження, що так – унеможливить, адже довічне позбавлення волі є безстроковим видом покарання, а в аналізованому положенні покарання відповідним особам «прив'язується» до строку найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією. Виходить, що замість посилення караності діянь найбільш небезпечних співучасників ми можемо отримати результат, протилежний очікуваному.

У плані більш повного розкриття питань, пов'язаних із призначенням покарання співучасникам, хотілось б також, щоб дисертант висловила своє ставлення до закріпленого в ч. 2 ст. 53 КК України положення про те, що, призначаючи покарання за вчинений у співучасті злочин, за який передбачено основне покарання у виді штрафу понад три тисячі НМДГ, суд може призначити виконавцю, підбурювачу або пособнику, роль якого у вчиненні злочину була незначною, покарання у вигляді штрафу у межах санкції без урахування при цьому розміру майнової шкоди, завданої злочинцем, або розміру отриманого внаслідок вчинення злочину доходу.

3. Сформульовані в дисертації авторські редакції заохочувальних приписів виглядають безсумнівними. Зокрема, у ч. 4 ст. 255 КК України здобувач пропонує зазначити таке: «Особу, яка добровільно припинила участь у злочинній організації й активно сприяла припиненню діяльності такої організації, розкриттю злочинів, вчинених і (або) запланованих, може бути звільнено від покарання за всі вчинені нею злочини, за винятком особливо тяжких злочинів» (с. 362, 379). Використання в цьому випадку звороту «може бути звільнено» вважаю не виправданим. Більш правильним, на мій погляд, є втілений в Особливій частині чинного КК України підхід, у межах якого застосування заохочувальних норм не пов'язується з реалізацією дискреційних повноважень правозастосувача, тобто відповідне звільнення є обов'язковим (імперативним), а не факультативним. В

юридичній літературі (зокрема, Г.Б. Віттенберг, Т.О. Леснієвські-Костарева, І.Л. Марогулова, Г.О. Усатий) переконливо обґрунтовується положення про проблематичність стимулювання позитивної посткримінальної поведінки особи, якщо не гарантувати їй на законодавчому рівні обов'язковість звільнення від кримінальної відповідальності.

Вади зазначеної вище редакції ч. 4 ст. 255 КК вбачаються і в тому, що: 1) її дія не поширюватиметься на осіб, які, не будучи учасниками злочинної організації, здійснюють організацію, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або злочинних груп (до речі, назва ст. 255 КК, запропонована здобувачем, як і назва чинної редакції цієї статті, є невдалою, оскільки не повністю відображає зміст тих злочинних діянь, про які у ній йдеться); 2) розглядувана норма не зовсім чітко вирішує питання про звільнення від покарання організаторів і керівників злочинних організацій, хоч дисертант наполягає на заохоченні і таких співучасників (с. 362). Річ у тім, що у цій нормі говориться про особу, яка припинила участь у злочинній організації, а відповідальність за створення злочинної організації і керівництво нею пропонується передбачити в ч. 2 ст. 255 КК у той час, як відповідальність за участь у такій організації – у частині 1 цієї статті.

Ч. 5 ст. 369 КК України О.О. Кваша вважає за доцільне викласти у такій редакції: «Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила злочин, передбачений частиною першою даної статті, якщо стосовно неї були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди або після надання неправомірної вигоди вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, органу, службовою особою якого згідно із законом має право повідомляти про підозру» (с. 380). Зверну увагу на недоречність вживання словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди», оскільки так звана завуальована форма вимагання (умисне створення відповідним суб'єктом умов, за яких особа вимушена дати йому неправомірну вигоду) може реалізовуватись і шляхом бездіяльності. Я так розумію, що авторка некритично відтворила вказане словосполучення, запроваджене в обіг на підставі Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією». Не можна не вказати і на непослідовність дисертанта, яка в одній заохочувальній нормі (ч. 4 ст. 255 КК) веде мову про звільнення від покарання, а в іншій (ч. 5 ст. 369 КК) – про звільнення від кримінальної відповідальності.

О.О. Кваша підтримує наукову позицію (її обстоюють, зокрема, О.М. Костенко і М.І. Хавронюк), згідно з якою інститут звільнення від кримінальної відповідальності варто трансформувати в інститут звільнення від покарання (с. 362). Справді, для кримінального законодавства більшості європейських країн «подвоєння» вказаних пільгових інститутів не характерне: звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування, як правило, розглядаються як єдине ціле у той час, як у КК України – це самостійні, відокремлені один від одного інститути. Разом з тим хотів зауважити, що, по-перше, інститут звільнення від кримінальної відповідальності, який активно затребуваний вітчизняною судовою практикою, є підстави вважати втіленням низки кримінально-правових принципів, і, по-друге, проблема співвідношення інститутів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання, у тому числі з точки зору визначення їх перспектив, є складною, багатоаспектною і, вочевидь, не такою, що може бути вирішена на рівні одного абзацу. І до моменту вираженого і кваліфікованого вирішення цієї проблеми фрагментарні зміни до Особливої частини КК України, які пов'язують передбачене цією структурною частиною КК заохочення із звільненням від покарання, а не від кримінальної відповідальності, не можуть розцінюватись інакше, як явно передчасні.

4. Певні зауваження можна зробити дисертанту після ознайомлення з розділом 2, присвяченим проблемам причинного зв'язку у співучасті у злочині. Зокрема, занадто категоричним видається твердження здобувача про те, що теорія необхідного спричинення і сьогодні є домінуючою у кримінально-правовій науці України (с. 155, 167). Принаймні із дисертаційних робіт вітчизняних дослідників С.Р. Багірова, О.Л. Тимчука і Н.М. Ярмиш, що передусім, так би мовити, уособлюють сучасне кримінально-правове вчення України про причинний зв'язок, а так само з належного перу А.А. Музики і С.Р. Багірова кримінально-правового нарису про причинний зв'язок, в якому здійснено аналітичний огляд відповідних наукових праць (насамперед монографічного рівня), що протягом останнього десятиліття вийшли друком, зокрема, в Україні, такий висновок не випливає. Показово, що сама О.О. Кваша позиціонує себе як прибічницю іншої теорії причинного зв'язку – концепції винної причинності.

З урахуванням дискусійності питання про методологічні засади кримінально-правового вчення про причинний зв'язок і такого собі методологічного плюралізму, дещо нелогічною є та обставина, що спочатку дисертант докладно розкриває зміст і значення тих філософських категорій, якими послуговується одна з теорій причинного зв'язку (підрозділ 2.2), а вже згодом дає стислий аналіз інших теорій причинного зв'язку (с. 167–173); причому робить це в підрозділі 2.3, в якому, судячи з його назви, мова повинна йти не взагалі про причинний зв'язок, а лише про особливості причинного зв'язку в структурі співучасті у злочині.

У цілому ж розділом 2 своєї роботи О.О. Кваша переконливо доводить, що поняття причинного зв'язку в кримінальному праві є не асоційованим і не органічним, а консолідованим, тобто таким, що, ґрунтуючись

на філософському розумінні причинності, водночас має галузеві особливості і наповнюється специфічним кримінально-правовим змістом. За таких обставин дещо не вдалою слід визнати назву вказаного розділу («Філософські засади вчення про причинний зв'язок у співучасті у злочині»), адже така назва не зовсім адекватно відображає його зміст.

При бажанні можна помітити непослідовність у міркуваннях дисертанта з приводу співвідношення у кримінальному праві причинного зв'язку та інших детермінаційних зв'язків. Спочатку О.О. Кваша критикує Н.М. Ярмиш за те, що остання констатує існування у КК України таких злочинів із матеріальним складом, які передбачають обумовлення певної шкоди, а не її спричинення (с. 22). Далі ж дисертант фактично погоджується з тими науковцями, які не визнають причинний зв'язок єдиним проявом детермінаційної залежності, відомим кримінальному законодавству (с. 134–135, 137, 164, 181 та ін.).

5. Із метою вирішення проблеми так званої фактичної співучасті у злочині здобувач пропонує доповнити ст. 27 КК України частиною 8 такого змісту: «Не є співучастю вчинення злочину спільно з неосудною особою або особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Суб'єкт злочину, який спільно з такою особою вчинив злочин, який полягає у заподіянні шкоди життю, здоров'ю, волі, честі й гідності, статевій свободі чи недоторканності потерпілого, підлягає кримінальній відповідальності за відповідними частинами статей Особливої частини цього Кодексу, які передбачають відповідальність за групове вчинення злочину» (с. 73, 377). Підтримуючи О.О. Квашу в її прагненні вирішити в законодавчому порядку цю нагальну проблему, водночас хотів би звернути увагу на окремі дискусійні аспекти наукової позиції дослідниці.

Передусім вкажу на зайвість доповнення КК України положенням про те, що вчинення злочину спільно з неосудною особою або особою, яка не досягла належного віку, не є співучастю. Це і так є очевидним з урахуванням законодавчого визначення співучасті у злочині як умисної спільної участі декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України). Дисертант не бачить особливої проблеми у тому, що розділ VI Загальної частини КК України у випадку сприйняття законодавцем її пропозиції буде доповнений нормами, які, як і положення про причетність до злочину, не стосуються співучасті у злочині (с. 73, 118). Але ж зміст ініційованої здобувачем ч. 8 ст. 27 КК (як, до речі, і зміст ч. 6 і ч. 7 ст. 27 КК) не відповідає як назві цієї статті («Види співучасників»), так і назві розділу VI Загальної частини КК України («Співучасть у злочині»), у зв'язку з чим ці назви потребують уточнення.

Підвищена суспільна небезпека випадків так званої фактичної співучасті у насильницьких злочинах, яка і ставить на порядок денний питання про «прирівнювання» кримінальної відповідальності за вчинене у таких випадках до кримінальної відповідальності за групові форми співучасті у злочині, зумовлена, на мою думку, тим, що посягання кількох осіб незалежно від їх кримінально-правового статусу дозволяє швидше і легше подолати опір потерпілого, придушити його волю і приховати сліди скоєного, а також завдати людині більшої шкоди. Це означає, що у законодавчому положенні, присвяченому розв'язанню проблеми «фактичної співучасті», мова повинна йти про поведінку, аналогічну не співучасті з розподілом ролей (О.О. Кваша пише у цьому разі про спільне вчинення злочину, що позначає і вказану співучасть), а про поведінку, яка означає виконання об'єктивної сторони кримінально караного діяння та є аналогічною співвиконавству.

Слід вказати і на те, що не всі злочини, пов'язані із заподіянням шкоди волі, честі, гідності, статевій свободі і недоторканості особи, є підстави вважати насильницькими, хоч дисертант справедливо наголошує на потребі вирішення проблеми «фактичної співучасті» саме щодо насильницьких злочинів.

Вважаю некоректним включення у рубрику наукової новизни «вперше» такого положення: «Доведено необхідність урахування інтересів потерпілих від групових насильницьких злочинів, на яких здійснюється більший психологічний тиск та більш значною є завдана фізична шкода» (с. 10). Адже про необхідність посиленого кримінально-правового захисту інтересів потерпілих у ситуаціях фактичної множинності осіб, які вчиняють насильницькі посягання, раніше писали інші вітчизняні науковці, зокрема, Л.П. Брич, Г.О. Ганова, О.В. Головкін, О.О. Дудоров. Інша річ, що вони пропонували варіанти розв'язання розглядуваної проблеми, відмінні від того, що висуває О.О. Кваша. Наприклад, я висловлювався за диференціацію кримінальної відповідальності за насильницькі злочини проти особи у таких випадках шляхом конструювання кваліфікуючих ознак, прирівняних за караністю до групових форм співучасті.

Зверну увагу і на те, що зворот «фактична співучасть» здобувач, досить вільно поводячись з термінологією, використовує і щодо випадків так званого необережного співзаподіяння (с. 92–93). При цьому в дисертації бракує чіткої авторської позиції стосовно вирішення цієї кримінально-правової проблеми.

6. О.О. Кваша пропонує скасувати кримінальну відповідальність за пропозицію надання неправомірної вигоди як за прояв надмірної криміналізації, мотивуючи свою точку зору тим, що діяння, передбачене ч. 1 ст. 369 КК України, є за своєю природою виявленням наміру (с. 15, 260, 287 та ін.). Попри всю неоднозначність рішення вітчизняного законодавця запровадити в квітні 2011 р. самостійну кримінальну відповідальність за пропозицію хабара, а в квітні 2013 р. – відповідальність за пропозицію надати неправомірну вигоду службовій

особі юридичної особи приватного права та особі, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і негативну оцінку цих законодавчих новел з боку багатьох дослідників, відзначу, що наведена здобувачем аргументація своєї позиції виглядає фрагментарною і загалом недостатньою. Все ж самостійна (у вигляді окремих кримінально-правових заборон) криміналізація пропозиції надання неправомірної вигоди впливає з відповідних міжнародно-правових документів, має місце у країнах із низьким рівнем корупції і (так вважають розробники вказаних законодавчих змін) може слугувати серйозним стримуючим фактором корупції. Тут не буде зайвим пригадати і те, що чимало відомих українських вчених (наприклад, В.М. Бурдін, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк) розглядають пропозицію хабара не як виявлення наміру, а (залежно від обставин вчиненого) як готування до давання хабара або підбурювання до одержання хабара.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Г.Р. МАРТИНИШИН «ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ»¹

Призначення покарання – одне з основних питань, вирішуваних судом при ухваленні обвинувального вироку. Призначення покарання потребує належної правової регламентації з тим, щоб злочинці несли за вчинене ними заслужене покарання, а відповідна діяльність суду була по можливості позбавлена суб'єктивізму і не перетворювалася на свавілля. Призначення незаконних і несправедливих покарань не лише ускладнює або унеможлиблює досягнення вказаних у ч. 2 ст. 50 КК України цілей покарання, а і підриває авторитет правосуддя, призводить до скасування або зміни вироків, порушує права і свободи людини. Реалізація норм про призначення покарання обґрунтовано визнається квінтесенцією судового розгляду, кульмінаційним моментом кримінального провадження, однією з найбільш складних проблем правозастосування, найвідповідальнішим етапом у боротьбі зі злочинністю. Помилки, які трапляються при призначенні покарання, поряд з іншими факторами послаблюють боротьбу зі злочинністю, дискредитують правоохоронну і судову діяльність, державу в цілому.

Незважаючи на активне застосування ст. 71 КК України в судовій практиці, чимало питань, пов'язаних із призначенням покарання за сукупністю вироків, належить в юридичній літературі до числа дискусійних. Виокремлюючи хоча б такі з них, як: правова природа сукупності вироків; визначення початкового і кінцевого моментів періоду, вчинення злочину протягом якого є підставою для призначення покарання за сукупністю вироків; поняття невідбутої частини покарання та її залежність від обрання певного запобіжного заходу; застосування того чи іншого принципу призначення остаточного покарання за сукупністю вироків; поведінка суду, який при призначенні покарання за сукупністю вироків ставить під сумнів законність та обґрунтованість попереднього вироку; можливість призначення покарання за сукупністю вироків щодо неповнолітнього, який за раніше вчинений злочин був звільнений від покарання із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру, а так само щодо особи, звільненої за вчинення попереднього злочину від відбування покарання з випробуванням, яка вчиняє новий злочин після закінчення іспитового строку, але до прийняття судом рішення про її остаточне звільнення від покарання.

При цьому якщо критично і неупереджено оцінити стан вітчизняної юридичної літератури, то ми побачимо, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. і до часу написання Г.Р. Мартинишин своєї дисертації проблематика призначення покарання за сукупністю вироків розроблялась лише в навчальній літературі, науково-практичних коментарях КК України та окремих наукових публікаціях. Винятками є хіба що належна у тому числі перу В.І. Тютюгіна монографія про множинність злочинів (2008 р.), в якій, крім всього іншого, висвітлювались питання призначення покарання за сукупністю вироків, і підготовлений В.М. Білоконевим науково-методичний посібник про призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків, в якому наголос зроблено на вивченні відповідної судової практики (2009 р.). Цілком очевидно, що такого рівня було явно недостатньо для належного наукового забезпечення процесів тлумачення, застосування і, тим більше, вдосконалення кримінально-правових приписів, покликаних регламентувати призначення покарання за сукупністю вироків.

Призначення покарання за сукупністю вироків, як і призначення покарання за сукупністю злочинів, пов'язане з питанням визначення більш або менш суворого виду покарання. І якщо раніше вирішення цього питання не викликало особливих труднощів (ми, як відомо, керувались «драбиною» покарань, закріпленою в ст. 51 КК України), то наразі ситуація позбавлена однозначності. Адже зі ст. 12 КК, викладеної у редакції Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», випливає, що до позбавлення волі на певний строк і навіть до довічного позбавлення волі фактично прирівнюється штраф у відповідних розмірах; інакше кажучи, спостерігається значне посилення карального впливу штрафу без зміни його місця в системі («драбини») покарань.

Тема дисертаційного дослідження Г.Р. Мартинишин безпосередньо стосується надзвичайно складної і злободенної для України проблеми, яку можна позначити як визначення меж суддівського розсуду при призначенні покарані і вироблення підходів, спрямованих на звуження цих меж, і подальшу формалізацію відповідної діяльності суду. Актуальності обраній темі додає і та обставина, що функціонування кримінально-правового інституту призначення покарання нерозривно пов'язане з положеннями кардинально оновленого у минулому році кримінального процесуального законодавства України.

Визначаючи наукову новизну дисертації Г.Р. Мартинишин, я цілком погоджуюсь із здобувачем у тому, що написана нею робота є першим в Україні комплексним монографічним дослідженням теоретико-прикладних проблем призначення покарання за сукупністю вироків.

¹ Захист відбувся 3 жовтня 2013 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

Поділяю міркування здобувача про: необхідність обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання, у тому числі за сукупністю вироків; необхідність дослідження такого кримінально-правового явища, як сукупність вироків, через призму множинності злочинів і водночас про безпідставність ототожнення сукупності вироків і рецидиву злочинів; термінологічну невдалий усталеного звороту «сукупність вироків»; залежність покарання, що призначається за сукупністю вироків, зокрема, від часу, що пройшов до моменту вчинення нового злочину після постановлення вироку за попередній злочин; невстановлення судами невідбутої частини покарання як причину порушення вимог, закріплених у ч. 4 ст. 71 КК України; безпідставність звернення до ст. 71 КК у випадках, коли особа, звільнена за вчинення попереднього злочину від відбування виконання покарання з випробуванням, вчиняє новий злочин вже після закінчення іспитового строку, але до прийняття судом рішення про її остаточне звільнення; залежність величини невідбутої частини покарання, призначеного за попередній злочин у виді штрафу, від подальшої поведінки особи і рішення суду про надання розстрочки чи заміну одного покарання на інше; час ухвалення вироку як момент, що розмежовує відбуту і невідбуту частини покарання; визнання приєднання невідбутої частини покарання, призначеного за попереднім вироком, не правом, а обов'язком суду; безпідставність застосування ст. 71 КК України у випадку вчинення особою нового злочину після фактичного відбуття покарання, призначеного за попередній злочин; визнання самостійного виконання вироків різновидом повного приєднання покарань; доцільність використання у вдосконаленій редакції ст. 71 КК України замість терміну «складання» терміну «приєднання»; необхідність надання суду права звільняти неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням не лише у разі засудження до арешту або позбавлення волі; не виправданість законодавчого положення про можливість умовно-дострокового звільнення тієї особи (у тому числі неповнолітньої), яка раніше вже звільнялась умовно-достроково і вчинила злочин протягом невідбутої частини покарання; неправильність віднесення правил, закріплених у ст. 103 КК України, до загальних засад призначення покарання; необхідність доповнення ст. 97 і ст. 105 КК України положеннями про те, що вчинення злочину неповнолітнім під час застосування до нього примусових заходів виховного характеру є підставою для скасування зазначених заходів і притягнення до кримінальної відповідальності.

Зауваження.

1. Окремі висловлювання дисертанта щодо врахування загальних засад призначення покарання при призначенні покарання за сукупністю вироків виглядають не зовсім переконливими. Так, із С. 58–59, 71 дисертації випливає, що положення, закріплені у ст.ст. 69, 70, 71 КК України, а також положення про те, що більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення та попередження вчинення особою нових злочинів, здобувач відносить до загальних засад призначення покарання. Насправді правила призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків треба визнавати спеціальними засадами призначення покарання. Включена в ч. 2 ст. 65 КК вимога про, так би мовити, пріоритет менш суворого виду покарання над більш суворим за своєю природою також не може розглядатись як загальна засада призначення покарання, адже стосується альтернативних санкцій та, як наслідок, застосовується не в кожному випадку призначення покарання. У цьому разі Г.Р. Мартинишин не критично відтворила точку зору вітчизняного законодавця.

На одних сторінках своєї роботи дисертант категорично заявляє, що, призначаючи покарання за сукупністю вироків, суд керується загальними засадами призначення покарання, включаючи особу винного, лише тоді, коли призначає покарання за нововчинений злочин (зокрема, с. 60, 63, 71, 142). Водночас на інших сторінках дисертації можна прочитати, що при обранні способу приєднання покарання суди враховують у тому числі ступінь тяжкості вчинених особою злочинів та особу винного (наприклад, с. 107, 123). Про врахування особи винного, а також форми вини вчинених злочинів, яка може розглядатись як показник ступеня тяжкості цих злочинів, на етапі призначення остаточного покарання за сукупністю вироків говориться і в авторських редакціях ст. 71 і ст. 103-1 КК України (с. 184–186).

Не до кінця визначилась дисертант і з такого дискусійного в юридичній літературі питання, як межі вивчення і врахування особи винного при призначенні покарання. Спочатку Г.Р. Мартинишин зазначає, що суди повинні враховувати лише ті дані, що характеризують особу винного, які пов'язані із вчиненням злочином (с. 62). А далі погоджується з тими науковцями, котрі вважають, що поведінку особи необхідно враховувати і до, і після вчинення злочину (с. 67). Щоправда, таку непослідовність зрозуміти можна. З одного боку, без урахування безпосередньо не пов'язаних із вчиненням злочину відомостей про особу винного, який негативно ставиться до суспільних цінностей, демонструє неготовність коригувати у майбутньому свою поведінку тощо, навряд чи можна розраховувати на досягнення стосовно такої особи цілей покарання. З іншого, нагальним є пошук шляхів подолання існуючого стану речей, за якого всебічне врахування судом особи винного фактично призводить до ігнорування вичерпного переліку обтяжуючих покарання обставин.

Дисертант підтримує висловлену в літературі думку про те, що погашена або знята судимість повинна враховуватися при призначенні покарання як характеристика особи винного (с. 63). Наведений підхід із змістовної точки

зору видається привабливим, однак його правомірність викликає сумнів. Прибічники протилежної точки зору із розглядуваного питання обґрунтовано, як на мене, вважають, що врахування погашеної чи знятої судимості при вирішенні будь-яких правових питань, у тому числі при характеристиці особи винного суперечить самій суті припинення судимості, а тому є неприйнятним. Суд повинен застосовувати передбачені ст. 65 КК загальні засади призначення покарання не ізольовано, а в сукупності з іншими нормами КК України, а з ч. 2 ст. 88 КК впливає, що у випадку вчинення нового злочину правове значення має тільки наявна судимість.

2. Не всі міркування дисертанта щодо множинності злочинів сприймаються однозначно. Зокрема, виокремлюючи ознаки множинності злочинів, що впливають на призначення покарання, Г.Р. Мартинишин пише про особу, яку на підставі ст. 47 КК України було звільнено від кримінальної відповідальності під умовою та яка після такого звільнення знову вчинила злочин (с. 45). Видається, що навіть якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності умовно, та існує не скасована постанова суду про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, це означає, що раніше вчинений злочин своє кримінально-правове значення як складова повторності або сукупності втратив, а отже, вести мову про множинність злочинів підстав немає. У разі ж скасування зазначеної постанови через те, що особа, звільнена від кримінальної відповідальності, порушує умови передачі на поруки, раніше вчинений злочин знову може утворювати повторність або сукупність злочинів. Але у такому випадку особа вже не може вважатись такою, що звільнена від кримінальної відповідальності. Разом з тим з погляду вдосконалення законодавства заслуговує на підтримку пропозиція (А.А. Стрижевська) уточнити ст. 33 КК таким чином, що при визнанні злочинів сукупністю не враховувались злочини, за які особу було звільнено від кримінальної відповідальності, крім випадків, передбачених ч. 2 ст. 47 КК і ч. 3 ст. 97 КК (тут йдеться про ухилення неповнолітнього, звільненого від кримінальної відповідальності, від застосування щодо нього примусових заходів виховного характеру). Подібним застереженням варто доповнити також ч. 4 ст. 32 КК України, в якій визначаються умови відсутності повторності злочинів.

Авторка неодноразово називає сукупність вироків «одним із різновидів наслідків множинності злочинів» (наприклад, с. 55–56, 141, 180). Однак таке кримінально-правове явище, як сукупність вироків, є не наслідком, а проявом (різновидом) множинності злочинів. Наслідком цього прояву множинності злочинів є, як слушно зазначає сама Г.Р. Мартинишин (с. 10), призначення покарання за сукупністю вироків.

Включення в рубрику наукової новизни «вперше» положення про те, що «сукупність вироків розглянуто через призму множинності злочинів...» (с. 10) навряд чи коректне, оскільки думка про те, що за своєю правовою природою сукупність вироків – це прояв множинності злочинів, який може як поєднуватись, так і не поєднуватись із рецидивом злочинів, вже висловлювалась у вітчизняній юридичній літературі (у тому числі офіційним опонентом).

3. Дисертант послідовно наполягає на тому, що час перебування особи у слідчому ізоляторі при проведенні досудового розслідування, а також час перебування у медичному закладі не повинен зараховуватись у строк відбування покарання. Аргументується така позиція тим, що досудове розслідування спрямоване на збирання, дослідження, оцінку та перевірку доказів, а під час перебування у медичному закладі особа проходить лікування. У зв'язку з цим не можна вважати, що стосовно осіб, які перебувають у зазначених закладах, досягається мета покарання (с. 76, 87, 89, 99, 131, 137, 141, 142, 153). На мою думку, рішення законодавця зараховувати попереднє ув'язнення в строк відбуття покарання є виправданим. Адже тримання особи під вартою як запобіжний захід фактично означає знаходження цієї особи за умов ізоляції від суспільства і за характером обмежень, покладених на особу, прирівнюється до позбавлення волі як виду покарання. Більше того: і в теорії, і на практиці вжите у ч. 5 ст. 72 КК України поняття попереднього ув'язнення зазвичай тлумачиться поширювально і не зводиться до тримання особи під вартою. Тому цю «залікову» норму бажано викласти в новій редакції, з якої б однозначно випливало, що в строк відбуття покарання зараховується час не лише тримання особи під вартою як запобіжного заходу, а і застосування до особи інших передбачених КК і КПК України заходів, пов'язаних із фактичною ізоляцією особи від суспільства.

Звичайно, з приводу перспектив і змісту згаданої «залікової» норми можна дискутувати. У будь-якому разі вимушений констатувати, що пропозиції дисертанта, спрямовані на розв'язання розглядуваної проблеми, носять фрагментарний характер і є не зовсім вдалимими. Спочатку в редакціях ст. 71 і ст. 103-1 КК України, сформульованих Г.Р. Мартинишин, зазначається, що строк перебування особи у слідчому ізоляторі під час проведення досудового розслідування, а також у медичному закладі не зараховується до строку відбування покарання (с. 166, 176). У підсумкових редакціях цих статей, наведених у висновках дисертації (с. 183–186), такі ж (чи подібні) положення чомусь відсутні. Якби ініційовані здобувачем положення були включені до статей КК, присвячених призначенню покарання за сукупністю вироків, вони, очевидно, вступили б у колізію з ч. 5 ст. 72 і ч. 4 ст. 84 КК України, змін до яких авторка не запропонувала. Висловлю припущення, що врешті-решт здобувач зрозуміла: проблема зарахування у строк відбуття покарання часу тримання під вартою і перебування у медичній установі не є предметом законодавчого регулювання призначення покарання за сукупністю вироків.

4. У положеннях, які висуваються на захист, можна, зокрема, прочитати що дисертантом вперше «аргументовано положення про неможливість призначення покарання за сукупністю вироків неповнолітньому, до якого за вчинення першого злочину було застосовано примусові заходи виховного характеру при звільненні його від покарання на підставі ст. 105 КК України, і котрий під час застосування до нього таких заходів вчинив новий злочин. З огляду на це запропоновано замінити інститут звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру, передбачений в ст. 105 КК України, на інститут звільнення від відбування покарання» (с. 10).

Однак положення про безпідставність звернення до ст. 71 КК України у випадку, коли неповнолітній, звільнений від покарання за ст. 105 КК, вчинив новий злочин у процесі виконання примусових заходів виховного характеру, раніше обґрунтовувалось В.М. Бурдіним і В.І. Тютюгіним, про що, до речі, пише і Г.Р. Мартинишин (с. 136). Тому зазначене положення має розцінюватись як таке, що набуло у дисертації подальшого розвитку (зокрема, с. 86, 98, 136–137, 167, 181).

Цілком очевидно, що ґрунтом для дискусій щодо того, чи охоплюється поняттям невідбутої частини покарання те покарання, від відбування якого неповнолітнього звільнено із застосуванням примусових заходів виховного характеру, є нечіткість законодавчих формулювань, присвячених формам реалізації кримінальної відповідальності. У літературі суперечливо вирішується питання, чи повинне призначатись покарання при застосуванні ст. 105 КК України «Звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру», як і більш глобальне питання – про існування так званої найбільш ліберальної форми реалізації кримінальної відповідальності, яка означає винесення обвинувального вироку суду, а отже, здійснення державного осуду злочинця, що однак не поєднується із призначенням злочинцю будь-якої міри покарання. Суперечливі положення з цього приводу містить і КПК України 2012 р. Проголошена здобувачем ідея заміни «інституту звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру» на «інститут звільнення від відбування покарання», спроможна внести ясність із першого питання, на жаль, не знайшла у дисертації свого логічного втілення у вигляді конкретних пропозицій, спрямованих на удосконалення ст. 105 КК України. До того ж точніше у цьому разі вести мову, мабуть, не про інститути, а про субінститути.

Подібна незавершеність характерна для міркувань дисертанта з приводу того, що при застосуванні до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру при звільненні від відбування покарання таке процесуальне рішення суду повинно бути виражене у формі обвинувального вироку, а не ухвали суду, як це передбачено у чинному КПК України (с. 10–11, 168, 181). Пряма законодавча вказівка на те, що в цьому випадку слід виносити вирок (зрозуміло, обвинувальний), міститься безпосередньо в ч. 1 ст. 105 КК: тут говориться про момент постановлення вироку. Щодо ст. 497 КПК України 2012 р. «Порядок застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру» (а його норми стосовно КК носять, як відомо, допоміжний, похідний характер), то, на відміну від ст. 447 попереднього КПК і всупереч твердженню здобувача, ця стаття не вказує на винесення ухвали (постанови) суду, залишаючи питання про форму процесуального документа відкритим. Тому було б логічно, якби Г.Р. Мартинишин запропонувала зміни до ст. 497 чинного КПК з тим, щоб реалізувати обстоюване нею положення про обвинувальний вирок суду, у формі якого до неповнолітніх злочинців мають застосовуватись примусові заходи виховного характеру.

5. Дисертант виступає проти закріпленого в чинному КК України порядку, згідно з яким при призначенні покарання у тому числі за сукупністю вироків менш суворий вид покарання переводиться у більш суровий. Стверджується, що приєднанню мають підлягати лише однорідні покарання; всі інші покарання, призначені за сукупністю вироків, повинні виконуватись самостійно. Обґрунтовується це неможливістю визначити співмірність одного покарання іншому і тим, що застосування існуючої шкали переведення покарання одного виду в покарання іншого виду погіршує становище засудженого (с. 79–80, 97, 111–112, 124–125, 143, 153, 154). Погодитись із викладеною позицією та аргументацією на її користь складно. Передусім хотів би запитати: хіба послідовно обстоювана здобувачем відмова від встановлення максимальної межі остаточного покарання, призначеного за сукупністю вироків, не призведе до погіршення становища засудженого? Як критика ст. 72 КК України, в якій на сьогодні говориться про переведення менш суворого виду покарання у більш суворий вид, поєднується з твердженням дисертанта про те, що призначення покарання за сукупністю вироків має бути спрямоване на посилення кримінальної відповідальності особи (с. 149–150)? Цілком очевидно, що закріплений у чинному КК порядок складання покарань різних видів якраз і покликаний не допустити пом'якшення остаточного покарання, що призначається, зокрема, за сукупністю вироків. Для мене поки що залишається незрозумілим, яким чином (у випадку сприйняття законодавцем ідеї дисертанта) самостійно відбуватимуться покарання, якщо, наприклад, засудженим не відбуто частину покарання у вигляді позбавлення волі, а за знову вчинений злочин йому призначено покарання у вигляді обмеження волі чи громадських робіт. Не пояснює дисертант і те, які покарання слід вважати однорідними.

Вважаю за потрібне також зауважити, що Г.Р. Мартинишин не доводить критику існуючого співвідношення покарань різних видів у контексті їх переведення до логічного завершення – до формулювання пропозицій,

спрямованих на удосконалення КК України. А такі пропозиції цілком могли б бути сформульовані, адже закріплена в ч. 1 ст. 72 КК України шкала переведення менш суворих покарань у більш суворі не відзначається досконалістю і потребує уніфікації. Потребують усунення у законодавчому порядку і відзначені здобувачем вади чинного КК у частині заміни несплаченого штрафу іншими видами покарань.

6. Дисертант є послідовним прибічником наукової позиції, згідно з якою правила призначення покарання за сукупністю вироків слід пов'язувати зі вступом попереднього вироку у законну силу (с. 11, 146, 182, 184, 185 та ін.).

На С. 11 роботи зазначається, що в дисертації дістало подальшого розвитку «положення про доцільність закріплення на законодавчому рівні моменту, з якого необхідно призначати покарання за сукупністю вироків». У чинному КК України такий момент уже закріплено – це постановлення вироку за попередній злочин. Тому варто уточнити, що в дисертації Г.Р. Мартинишин дістало подальшого розвитку положення про доцільність законодавчого закріплення іншого (порівняно з чинним КК) моменту, з яким треба пов'язувати порядок призначення покарання за сукупністю вироків.

Свою позицію здобувач обґрунтовує, зокрема, тим, що з моменту вступу вироку у законну силу він набуває юридичного значення. Але це не зовсім так; достатньо ознайомитись зі ст. 377 КПК «Звільнення обвинуваченого з-під варті» і ст. 378 КПК «Заходи піклування про неповнолітніх, непрацездатних і збереження майна обвинуваченого», застосування яких пов'язується з часом проголошення вироку, а не вступу його у законну силу.

Авторка також пише, що якщо призначати покарання за нововчинений злочин за сукупністю вироків до вступу вироку у першій справі у законну силу, то виникатиме «процесуальна тяганина», пов'язана з тим, що у разі подання апеляційної скарги і, як наслідок, скасування вироку чи постановлення нового вироку у першій справі, покарання буде змінено. Тоді за нововиявленими обставинами буде змінено і другий вирок, а, отже, остаточне покарання за сукупністю вироків (с. 55). Відверто кажучи, я не вбачаю тут небезпеки «процесуальної тяганини», оскільки нововчинений злочин підлягає досудовому розслідуванню, і можна сподіватись на те, що за час його проведення питання про законність та обґрунтованість вироку, винесеного стосовно попереднього злочину, буде вирішене.

В обґрунтування своєї позиції дисертант веде мову і про те, що в новому КПК України законодавець відмовився від поняття «постановлення вироку» і замінив його на поняття «ухвалення вироку». Зазначене дозволяє зробити висновок про те, що законодавець розрізняє ухвалення вироку і набранням ним законної сили (с. 55). Однак вказана заміна термінології може слугувати аргументом хіба що на користь вживання у ч. 1 ст. 72 КК України словосполучення «після ухвалення вироку» замість існуючого звороту «після постановлення вироку».

У кримінальному законодавстві таких країн, як Болгарія, Польща і Франція, критерієм для розмежування призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків, справді, є вступ у законну силу вироку, винесеного за попередній злочин (с. 33, 36, 39, 180), і з цим не посперечаєшся. Але чому ми повинні запозичувати саме цей зарубіжний досвід, а не досвід інших, не менш поважних країн, у кримінальному законодавстві яких таким критерієм, як і в Україні, виступає момент постановлення або проголошення вироку?

Для мене безспірним є те, що вчинення особою нового злочину вже після проголошення винесеного щодо неї обвинувального вироку засвідчує підвищену суспільну небезпеку цієї особи, що виправдовує застосування щодо такої особи правил призначення покарання за сукупністю вироків. Суспільна небезпека цієї особи, як видається, не залежить від процесуального моменту – вступу у законну силу вироку, винесеного щодо особи; тим більше, що остання може бути і не обізнана з тим, коли саме ухвалений щодо неї вирок вступить у законну силу.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ М.М. СИВАКА «ПРИМІТКИ СТАТЕЙ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АНАЛІЗ»¹

Правова ідея – першооснова законотворчості, але для того, щоб вона не була перекрученою і правильно зрозумілою адресатами, вимагається її адекватне текстуальне викладення, відповідна цій ідеї форма. Законотворчість, як справедливо зазначається у літературі, лише у тому випадку досягає успіху, якщо ґрунтується на науковому знанні, правовій культурі і законодавчій техніці (див.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под. ред. М.Н. Марченко. – Т. 2. Теория права. – М., 1998. – С. 174). У зв'язку з необхідністю забезпечення гармонійної єдності змісту закону та його форми у кримінально-правовій науці усе більше уваги звертається на проблематику законодавчої техніки. Це і не дивно, адже від того, наскільки вдало викладена кримінально-правова норма, наскільки чітко та ясно законодавець об'єктивував свою волю, значною мірою залежить застосування цієї норми на практиці, а дефекти законодавчої техніки спроможні зробити кримінально-правову норму «мертвою» або принаймні серйозно ускладнити її дію. Достатньо пригадати з цього приводу ч. 3 примітки ст. 354 КК України, в якій наводиться визначення поняття «вимагання неправомірної вигоди».

Примітки як один із засобів законодавчої техніки – дієвий інструмент кримінально-правового регулювання, використання якого дає змогу скоректувати застосування тих чи інших кримінально-правових приписів, внести зміни у механізм реалізації кримінальної відповідальності. Примітки містять, хоч і допоміжну, проте важливу інформацію, яка розширює та поглиблює наше уявлення про ситуацію, на яку розрахована певна кримінально-правова норма. Не дивлячись на серйозну питому вагу приміток у структурі чинного КК України (понад 50 статей його Особливої частини містять примітки), в українській кримінально-правовій науці до написання М.М. Сиваком його дисертації не було спроб на монографічному рівні дослідити примітки як засіб законодавчої техніки, піддати наскрізному аналізу зазначений вельми солідний законодавчий масив. Разом з тим чимало аспектів цієї складової законодавчої техніки належить у літературі до числа дискусійних (правова природа та істотні ознаки приміток, розміщених в Особливій частині КК України, їх місце у структурі кримінально-правової норми, доцільність виділення приміток у самостійний структурний підрозділ КК України, перспективи використання приміток у нормативно-правових актах взагалі і КК України зокрема тощо). За таких обставин є всі підстави стверджувати, що для теорії кримінального права дослідження приміток – не лише методологічна, логічна і наукознавча проблема, а і завдання розробки теоретичних засад удосконалення засобів законодавчої техніки, законодавства і практичної законотворчості (див.: Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России: монография. – Воронеж, 2004. – С. 203).

Наукова новизна дисертації М.М. Сивака полягає в тому, що ця робота є першим комплексним монографічним дослідженням теоретичних засад конструювання приміток Особливої частини КК України, в якому ретельно і всебічно розглядаються поняття, ознаки, види, правова природа, кримінально-правове значення, генеза і перспективи використання приміток у кримінальному законодавстві України.

Поділяю міркування здобувача про: шляхи удосконалення законодавчого описання повторності однорідних злочинів; доцільність використання в примітках-критеріях терміну «майнова шкода» (замість терміну «матеріальна шкода»); використання в понятійному апараті науки кримінального права поняття «примітка статті Особливої частини КК України»; нетотожність статті закону і правової норми; доцільність використання приміток лише в Особливій частині КК, збільшення кількості приміток-дефініцій і водночас виваженість (обережність) використання приміток у текстах нормативно-правових актів, включаючи КК; безпідставність включення у КК приміток-процедур; існування приміток-послідів; доцільність виключення з КК України приміток особливої дії; співвідношення понять «уразливий стан особи» та «безпорадний стан»; недоречність дублювання в КК України положень, закріплених у регулятивному законодавстві; охоплення термінологічним зворотом «майнова шкода» упущеної вигоди; зайвість законодавчої вказівки на те, що НМДГ визначається на момент вчинення злочину і встановлюється законодавством; доречність визначення кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, не у КК, а в регулятивному законодавстві; перспективність включення до КК України окремого «термінологічного» розділу, який однак не виключатиме використання приміток статей Особливої частини КК.

Здобувач має рацію, коли стверджує, що мають бути вироблені певні уніфіковані критерії (принаймні в межах одного розділу Особливої частини КК України), які повинні враховуватися при обрахуванні розміру збитків, заподіяних злочином (с. 68, 186–187). Так, є підстави констатувати, що притаманна чинному КК України фундаментальна проблема, яку можна позначити як довільність і відсутність уніфікації показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів, поки що далека від вирішення при тому, що без її розв'язання не буде дотримана вимога соціальної обумовленості кримінального закону.

¹ Захист відбувся 10 грудня 2013 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

Зауваження.

1. Примітку статті Особливої частини КК України дисертант визначає як «типовий засіб-інструмент нормотворчої техніки, що має нормативний зміст, є частиною статті Особливої частини КК України, вміщує гіпотезу або диспозицію кримінально-правової норми та конкретизує, уточнює або розширює кримінально-правову заборону» (с. 9, 25, 79, 177).

Викладене визначення є результатом сумлінного аналізу точок зору, висловлених у загальній теорії права і кримінально-правовій доктрині. Разом з тим наведене визначення породжує певні запитання, формулювання яких вважаю цілком доречним. Адже, як справедливо пише сам здобувач, «критика, коригування запропонованої нами дефініції цього поняття є необхідною віхою у розвитку наукового правового мислення, уточнення системи поняттєвих рядів теорії права загалом та кримінально-правової доктрини зокрема» (с. 26 дисертації). Отже, чи може засіб-інструмент (знаряддя, прийом тощо) законодавчої техніки як такий мати нормативний зміст? Такий зміст, на мій погляд, має правовий припис як результат застосування цього засобу-інструменту. До речі, на С. 26 дисертації М.М. Сивак слушно розрізняє примітку як структурну частину нормативного акта та примітку як засіб-інструмент нормотворчої техніки.

Далі. Наскільки вдалим є висловлювання про те, що примітка статті Особливої частини КК «вміщує гіпотезу або диспозицію кримінально-правової норми», якщо насправді (с. 24, 25 дисертації) у цих примітках розміщується лише певна частина гіпотези або диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми? Принагідно зауважу, що дисертанту не завадило б звернути більше уваги на проблему структури кримінально-правової норми. Чи варто визнавати примітки статей Особливої частини КК України саме типовим засобом законодавчої техніки, якщо, за підрахунками дисертанта, вони зустрічаються всього у 14 % цих статей, а типовим в українській мові розуміється той, «який часто зустрічається; характерний, звичайний, природний для кого-, чого-небудь» (див.: Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К., 2005. – С. 1450). Тим більше, що подібне розуміння типовості обстоює і здобувач, який пише: «...примітки статей є нетиповим засобом законодавчої техніки взагалі, адже використовуються законодавцем у невеликій кількості законів та кодексів України» (с. 23).

Якщо відповідно до розглядуваного підсумкового визначення примітка статті Особливої частини КК України конкретизує, уточнює (одне з цих дієслів, мабуть, зайве) або розширює кримінально-правову заборону, то чому тоді в дисертації (с. 24, 176) зазначається, що така примітка зокрема обмежує дію кримінально-правової заборони? До речі, дисертант чітко не пояснює, чому розміщення заохочувальних та обмежувальних кримінально-правових норм не у примітках, а в окремих частинах статей Особливої частини КК України є не вадою, а перевагою вітчизняного законодавства.

2. Оцінюючи відсылку примітку-дефініцію – ч. 1 примітки ст. 209 КК України, дисертант стверджує, що застереження стосовно вилучення з переліку предикатних злочинів діянь, передбачених ст.ст. 207, 212 212-1 КК, не підтримали ні науковці, ні практики (с. 115). Вважаю це висловлювання занадто категоричним, оскільки питання, чи може злочинна економія (або непередача належного) бути способом отримання «брудних» доходів, які підлягають наступному відмиванню і, відповідно, чи повинні мати статус предикатних злочинів ухилення від сплати податкових і страхових внесків, належить в юридичній літературі до числа гостро дискусійних (див.: наприклад: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ, 2010. – С. 186 – 202).

Не сприймається однозначно і пропозиція здобувача вилучити з ч. 1 примітки ст. 209 КК слова: «за винятком діянь, передбачених статтями 212 і 212-1 Кримінального кодексу України» (с. 115). На мою думку, удосконалюючи легальне визначення предикатного діяння, слід, крім усього іншого, виходити з того, що злочинні посягання на систему оподаткування і систему загальнообов'язкового державного соціального страхування (а це, до речі, не лише згадані М.М. Сиваком ст. 212 і ст. 212-1 КК) наразі мають бути позбавлені предикатного статусу. Адже такі посягання, вчинення яких тягне за собою вилучення (набуття) «брудних» доходів – майнової вигоди, не пов'язаної із збільшенням майна, за ступенем суспільної небезпеки все ж поступаються злочинам, характерним для організованої злочинності, проти інтересів якої передусім має спрямовуватись антилегалізаційне законодавство. Виправданість такої економії кримінально-правової репресії зумовлена також вкрай незадовільним станом системи оподаткування у сучасній Україні, недосконалістю формулювань кримінально-правових норм про відповідальність за злочинні порушення податкового і страхового законодавства, що робить передчасним запозичення досвіду тих зарубіжних країн (зокрема Австрії, Великобританії, Канади, Португалії, ФРН), кримінальне законодавство яких визнає податкові злочини предикатними діяннями. Вочевидь, розуміючи складність і багатогранність проблеми предикатності ухилення від сплати податкових і страхових внесків, дисертант ні у висновках до розділу 2, ні у загальних висновках роботи не відтворює свою пропозицію, спрямовану на удосконалення ч. 1 примітки ст. 209 КК України.

3. Певні міркування хотілось би висловити з приводу пропозиції здобувача викласти ч. 2 ст.187 КК України у такій «розбій, вчинений за попередньою змовою групою осіб або повторно» (с. 185 дисертації). Як відомо,

на сьогодні повторність розбою є спеціальною в тому сенсі, що ця кваліфікуюча ознака вбачається лише в тому разі, коли вчиненню розбою передував або розбій, або бандитизм. Дисертант висловлюється за те, щоб змінити існуючий стан справ, вказавши в примітці ст. 185 КК України на те, що повторним, зокрема, у ст. 187 КК визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 185, 186, 187, 189–191 або статтями 262, 289 або 410 КК. Однак переконливої аргументації на користь того, щоб позбавити законодавче описання розбою як найбільш небезпечного злочину проти власності специфічної, притаманної тільки цьому злочину повторності, я в роботі не відшукав. Питання про обґрунтованість звуження кола злочинів, які передують розбою та зумовлюють визнання його повторним, лише до розбою та бандитизму, наскільки я розумію, у дисертації спеціально не вивчалось. Вимушений сказати про це у тому числі через те, що в дисертації О.В. Ільїної, присвяченій аналізу кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності, хоч і пропонується дещо уточнити законодавче описання повторності розбою, питання про усунення специфіки, характерної для цієї кваліфікуючої ознаки, не ставиться (див.: Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 14 – 15). Не зовсім зрозумілим є також те, чому розбій *de lege ferenda* не слід визнавати вчиненим повторно, якщо його вчиненню передував бандитизм (його М.М. Сивак, на відміну від О.В. Ільїної, називає злочином, однорідним із розбоєм, – С. 150 дисертації) або один із злочинів, передбачених ч. 3 ст. 308, ч. 3 ст. 312, ч. 3 ст. 313, ч. 2 ст. 433 КК.

4. Дисертант наполягає на тому, що в усіх примітках-критеріях грошовий еквівалент повинен визначатися в однакових величинах, і такою величиною повинна бути не мінімальна заробітна плата, згадана у примітці ст. 159-1 КК України, а НМДГ (с. 142, 145–146). При цьому здобувач залишає поза своєю увагою і, відповідно, не спростовує точку зору відомих вітчизняних науковців (зокрема В.О. Навроцький, А.М. Ришелюк, М.І. Хавронюк), переконаних у тому, що звернення під час кримінально-правової оцінки вчиненого до НМДГ, встановленого на рівні податкової соціальної пільги – прожиткового мінімуму для працездатної особи, не відповідає потребам кримінального права (продовжується негативна практика кваліфікації на підставі норм не кримінального, а податкового закону; відбувається соціально необґрунтована декриміналізація діянь; інші діяння кваліфікуються як менш серйозні злочини, і покарання за них не відповідають їх суспільній небезпеці тощо). Хотілось б, щоб дисертант висловив своє ставлення до того варіанту розв'язання цієї проблеми, що полягає у вилученні з Податкового кодексу України положення, яке зобов'язує при кваліфікації злочинів та адміністративних правопорушень використовувати нмдг на рівні податкової соціальної пільги, з одночасною заміною у текстах КК і КпАП поняття НМДГ терміном «розрахункова одиниця». Йдеться про те, щоб ця автономна величина слугувала виключно для встановлення майнових критеріїв, необхідних для кваліфікації злочинів та адміністративних проступків, а також для визначення розмірів штрафів як кримінальних покарань та адміністративних стягнень.

5. З приводу примітки ст. 239-2 КК України «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах», в якій критерієм визначення особливо великого розміру поверхневого (ґрунтового) шару земель водного фонду названо обсяг такого шару земель, що становить більше, ніж десять кубічних метрів, дисертант ставить слушне запитання: чому саме така величина була взята за основу у цьому випадку? А далі пише: «Відповіді на це питання регулятивне законодавство не містить. Тому критикувати або підтримувати підхід законодавця при визначенні особливо великого розміру поверхневого (ґрунтового) шару земель водного фонду складно» (с. 142). Вважаю за необхідне зазначити з цього приводу таке.

По-перше, відповідь на питання, чому у цьому разі використовується саме така криміноутворююча ознака, мала б даватися не у регулятивному законодавстві, як пише автор, а в пояснювальній записці до законопроекту, врешті-решт ухваленого як Закон України від 15 листопада 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля», яким, серед іншого, було передбачено доповнення КК України новою нормою – ст. 239-2 «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах». Однак у супровідних матеріалах щодо ухвалення вказаного Закону відповіді на питання про критерій, яким керувався законодавець при визначенні цього кількісного показника, не міститься (це до вже згаданої довільності кількісних показників, які використовуються у нашому КК).

По-друге, законодавця, який у зазначений спосіб визначив особливо великий розмір поверхневого (ґрунтового) шару земель водного фонду, все ж є за що критикувати. Адже цілком очевидно, що існуючий наразі варіант конструювання ст. 239-2 КК, за якого настання відповідальності за злочин з основним складом (ч. 1) пов'язується з вчиненням суспільно небезпечного діяння «в особливо великих розмірах», не є типовим для вітчизняного кримінального законодавства. Зазвичай законодавець використовує термінологічний зворот «в особливо великому розмірі» для описання особливо кваліфікованих складів злочинів, рідше – кваліфікованих складів злочинів, настання кримінальної відповідальності за які пов'язується із вчиненням діяння «у великому розмірі» або заподіянням шкоди «у великому розмірі». До того ж, встановивши у ч. 1 ст. 239-2 КК відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовым) шаром земель водного фонду в особливо

великих розмірах, законодавець не визнав за потрібне передбачити в КпАП самостійну відповідальність ні за «просто» незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, ні за незаконне заволодіння цим шаром у великому розмірі. Чим же пояснюється обрання такого незвичного варіанту конструювання кримінально-правової заборони? Причини цього треба шукати в історії формування відповідних правових норм. У результаті численних обговорень та внесення поправок до відповідного законопроекту КпАП був доповнений ст. 53-4, в якій говориться не про незаконне заволодіння землями водного фонду у великому розмірі, а про незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель. Виходить, що законодавець або просто «забув» встановити адміністративну відповідальність за незаконне заволодіння землями водного фонду у великому розмірі, або вважає, що такі дії утворюють склад адміністративного проступку, передбаченого ст. 53-4 КпАП.

Видається, що за умови збереження у КК окремої норми, якою передбачається відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду, поліпшенню протидії злочинним порушенням земельного законодавства у сфері використання і захисту земель водного фонду могло б сприяти таке конструювання правових норм: в окремій статі КпАП (наприклад, ст. 53-7) має бути передбачена адміністративна відповідальність за некваліфіковане («просто») незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду; у ч. 1 ст. 239-2 КК – кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду у великому розмірі, а у ч. 2 ст. 239-2 КК – відповідальність за ті ж дії, вчинені в особливо великих розмірах.

6. Висловлю припущення, що якість роботи поліпшилась, якби автор звернувся до матеріалів відповідної судової практики, а так само здійснив опитування працівників правозастосовних органів, з'ясувавши як взагалі ставлення практиків до використання приміток як специфічного засобу законодавчої техніки, так зокрема і те, чи справді «примітки загромождають, заплутують нормативний документ, погіршують його структуру, розсіюють увагу виконавців, утруднюють засвоєння та користування актами» (с. 157 дисертації), як про це інколи зазначається в юридичній літературі.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Л.В. ГЕРАСИМЧУК «ЗВІЛЬНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ»¹

Тема дисертації Л.В. Герасимчук не може вважатись новою для вітчизняної кримінально-правової науки, однак вона гідна того, щоб і теоретики, і практики обговорювали її постійно. Адже від того, наскільки законотворчим є і буде підрастаюче покоління, залежить майбутнє держави. Рівень злочинності неповнолітніх справедливо вважається індикатором морального здоров'я суспільства, його благополуччя. В Україні на сьогодні приблизно кожен п'ятнадцятий злочин вчиняється дитиною віком від 14 до 18 років. У місцях позбавлення волі майже 80% неповнолітніх відбувають покарання повторно, що свідчить про неефективну профілактичну роботу з ними після їх повернення з місць ув'язнення.

Оскільки під час неповноліття особистість лише формується, занадто жорстоке покарання неповнолітньої людини за допущене нею порушення вимог кримінального закону може призвести до формування негативного ставлення до суспільства та, як наслідок, до рецидиву злочинів. З іншого боку, відсутність з боку держави належної реакції на такі порушення може призвести до того, що неповнолітні утверджуватимуться в своїй безкарності.

Невипадково Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила), встановлюють, зокрема, що: система правосуддя щодо неповнолітніх спрямована у першу чергу на забезпечення благополуччя неповнолітнього і того, щоб заходи впливу враховували особистість правопорушника, його становище і потреби, обставини та тяжкість правопорушення і потреби суспільства; неповнолітнього правопорушника не слід позбавляти особистої волі, крім як за серйозне правопорушення, вчинене із застосуванням насильства проти іншої особи, або за систематичне вчинення інших серйозних правопорушень; перевагу слід надавати опіці і нагляду, пробації, громадським роботам, фінансовим покаранням, компенсації і реституції, передачі на виховання тощо.

За таких обставин примусові заходи виховного характеру можуть і повинні стати одним із дієвих засобів правового виховання і соціальної реабілітації неповнолітніх правопорушників, з чого випливає необхідність комплексного наукового аналізу правової природи і практики застосування вказаних заходів.

Про актуальність теми дисертаційного дослідження свідчить і та обставина, що наразі в Україні відбувається становлення системи ювенальної юстиції як інструменту переважно не карального, а відновлювального впливу на злочинність неповнолітніх. Обраний Л.В. Герасимчук напрям дослідження узгоджується з Концепцією розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні, затвердженою указом Президента України від 24 травня 2011 р. № 597/2011, метою якої проголошено побудову повноцінної системи кримінальної юстиції щодо неповнолітніх, спроможної забезпечити законність, обґрунтованість та ефективність кожного рішення щодо дитини, яка потрапила в конфлікт із законом, пов'язаного з її перевихованням та подальшою соціальною підтримкою. Відомо, що в багатьох державах світу кримінальне та ювенальне законодавство розмежовані як за суб'єктами відповідних правопорушень, так і за суб'єктами здійснення примусового впливу, метою, задачами та способами їх вирішення.

Потребує наукового осмислення і вирішення проблема, пов'язана з відсутністю у санкції конкретної статті КК України, за якою засуджується неповнолітній, покарань, які можуть бути до нього застосовані. Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України про те, що у таких випадках суд за наявності до цього підстав повинен звільнити особу або від кримінальної відповідальності, або від покарання (п. 8 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», п. 18 постанови від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх»), фактично проголошуючи безкарність, сприймаються неоднозначно і, звичайно, не можуть вважатися задовільним розв'язанням позначеної проблеми.

Тема дисертації Л.В. Герасимчук безпосередньо стосується складних теоретичних проблем: співвідношення між собою таких фундаментальних категорій, як: кримінальна відповідальність, кримінально-правовий примус, заходи кримінально-правового характеру, кримінально-правовий вплив; форми реалізації кримінальної відповідальності; конкуренція різних видів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування.

Наукова новизна дисертації Л.В. Герасимчук полягає в тому, що ця робота є одним із перших в Україні монографічних досліджень, присвячених розкриттю правової природи примусових заходів виховного характеру і визначенню їх місця в системі заходів кримінально-правового впливу. Одна з наскрізних ідей дисертаційного

¹ Захист відбувся 29 січня 2014 р. у Національній академії внутрішніх справ.

дослідження Л.В. Герасимчук – це думка про неузгодженість передбаченого чинним КК України застосування примусових заходів виховного характеру у випадку звільнення від кримінальної відповідальності з правовою природою останнього. І хоча послідовно обстоюване здобувачем положення про відмову від застосування примусових заходів виховного характеру при звільненні неповнолітніх від кримінальної відповідальності (зокрема, с. 98–99, 105, 121, 124, 134, 189, 194, 197) із змістовної точки зору може і не сприйматись окремими теоретиками і практиками, відзначу, що вказані міркування Л.В. Герасимчук спонукають серйозно замислитися над уточненням доктринального визначення поняття звільнення від кримінальної відповідальності.

Здобувач справедливо констатує нечіткість законодавчих формулювань, присвячених формам реалізації кримінальної відповідальності (с. 88, 94, 100, 103, 104–105, 123, 128, тощо). Так, у літературі і правозастосовній практиці суперечливо вирішується питання, чи повинне призначатись покарання при застосуванні ст. 105 КК України, як і більш глобальна проблема – існування так званої ліберальної форми реалізації кримінальної відповідальності, яка означає винесення обвинувального вироку суду, а отже, здійснення державного осуду злочинця, що, однак, не поєднується із призначенням злочинцю будь-якої міри покарання. Суперечливі положення з цього приводу містять і КПК України 2012 р. Формулюючи авторську редакцію ст. 105 КК України і висловлюючись за внесення ясності з позначеного питання на законодавчому рівні, Л.В. Герасимчук чітко фіксує, що в порядку застосування цієї статті КК покарання як таке призначатись не повинне (с. 198). При бажанні, звичайно, можна вказати на редакційну невдалий пропонуваного формулювання («Неповнолітній ... звільняється від покарання, без його призначення...»), а також констатувати притаманну цій пропозиції здобувача фрагментарність у розв'язанні проблеми реалізації кримінальної відповідальності і форм, в яких це відбувається. Разом з тим відзначаю, що з аналізованої позиції дисертанта чітко та однозначно випливає положення про безпідставність звернення до ст. 71 КК України «Призначення покарання за сукупністю вироку» у випадку, коли неповнолітній, звільнений від покарання за ст. 105 КК, вчинив новий злочин у процесі виконання примусових заходів виховного характеру. А тому загалом розглядувана пропозиція дисертанта заслуговує на підтримку.

Поділяю також міркування здобувача про: примусові заходи виховного характеру як відмінні від покарання заходи кримінально-правового впливу, що застосовуються як у випадку реалізації кримінальної відповідальності, так і звільнення від неї або її ненастання (інакше кажучи, поліфункціональність зазначених заходів); доцільність формулювання переліку та уточнення змісту окремих примусових заходів виховного характеру з урахуванням здобутків психології та педагогіки; соціальну обумовленість примусових заходів виховного характеру та їх удосконалення з огляду на соціальні, економічні та політичні потреби суспільства; залежність особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх у тому числі від психологічних особливостей таких правопорушників; доречність вираженого і диференційованого ставлення до використання зарубіжного досвіду в частині законодавчої регламентації примусових заходів виховного характеру (їх аналогів); співвідношення інститутів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування; факультативність (дискреційність) звільнення від кримінальної відповідальності і покарання, передбаченого ч. 1 ст. 97 і ст. 105 КК України, і водночас перспективність перетворення цих видів звільнення в обов'язкові (імперативні); неповноліття особи як на момент вчинення злочину, так і на момент винесення ухвали (постанови) суду як одну з умов застосування ч. 1 ст. 97 КК України та умовний характер передбаченого цією нормою звільнення від кримінальної відповідальності; неправильність пов'язування ситуації, описаної в ч. 2 ст. 97 КК України, з реалізацією кримінальної відповідальності; правове виховання як один із засобів профілактики девіантної поведінки неповнолітніх; вирок суду як процесуальний документ, у формі якого має здійснюватись передбачене ч. 1 ст. 105 КК України звільнення від покарання; виключення застереження з переліку примусових заходів виховного характеру і визнання призначення неповнолітньому вихователя в порядку, передбаченому ч. 4 ст. 105 КК України, історичним анахронізмом; доцільність уточнення легального описання покладення обов'язку відшкодування заподіяної майнової шкоди як примусового заходу виховного характеру з огляду на дотримання балансу інтересів неповнолітніх делінквентів і потерпілих від злочинів, а також розмежування сфери застосування кримінального і цивільного законодавства; необхідність законодавчої конкретизації такого примусового заходу виховного характеру, як обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього; пріоритет безумовних видів звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування над умовними видами такого звільнення.

Зауваження.

1. Дисертант послідовно наполягає на тому, щоб винести за межі КК України законодавчі положення про застосування примусових заходів виховного характеру до особи, котра до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене Особливою частиною КК України (с. 110, 124–125, 191, 192, 198). Думка про те, що примусові заходи медичного і виховного характеру, які застосовуються до того, хто не визнається суб'єктом злочину, не є кримінально-правовими, а тому згадуванню про них – не місце в КК України, вже висловлювалась на сторінках вітчизняної юридичної

літератури (зокрема, Ю.А. Пономаренком, О.В. Наден). За таких обставин розміщення зазначеного положення в номінації наукової новизни «вперше» (с. 11) видається некоректним. Принагідно хотів би вказати на невідповідність включення в рубрику наукової новизни «вперше» і положення про незастосування примусових заходів виховного характеру у випадку звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки тезу про застосування вказаних заходів лише до тих, хто перебуває в сфері кримінально-правового впливу, і, відповідно, про виключення з ч. 1 ст. 97 КК примусових заходів виховного характеру раніше висунула та обґрунтувала у своїй кандидатській дисертації Г.О. Єремій (див.: Єремій Г.О. Звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – С. 5, 10–11, 15).

Основна ж суть мого зауваження зводиться до того, що висуненню пропозиції виключити з КК України положення про застосування примусових заходів виховного характеру до особи, котра до досягнення належного віку вчинила діяння, заборонене Особливою частиною КК України, мало б передувати відповідне теоретичне обґрунтування з точки зору вчення про предмет кримінального права, об'єкт кримінально-правового регулювання та кримінально-правові відносини. На жаль, такого обґрунтування в дисертації Л.В. Герасимчук я не знайшов, у зв'язку з чим залишається сподіватись на те, воно (обґрунтування) буде наведене здобувачем під час публічного захисту.

Особисто в мене спроби вилучити із кримінального законодавства положення, що стосуються вказаних примусових заходів як таких, що нібито не стосуються правового регулювання кримінально-правових відносин, і звести предмет цих відносин лише до кримінальної відповідальності, викликають заперечення. Якщо норми про застосування примусових заходів виховного характеру до «несуб'єктів» злочину не є нормами кримінального права, цікаво було б почути від дисертанта, нормами якого ж права вони є (чи мають бути). Разом з тим визнаю, що назва розділу XV Особливої частини КК України потребує уточнення за рахунок альтернативної вказівки на відмінне від кримінальної відповідальності примусове виховання неповнолітніх і малолітніх.

2. Певною мірою поверховими виглядають міркування дисертанта щодо такої кримінально-правової проблеми, як «вікова неосудність». Авторка в цьому сенсі обмежується відтворенням вельми дискусійного, як на мене, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України (п. 18 постанови від 15 травня 2006 р. № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру») про те, що у разі підтвердження висновком експертизи наявності у неповнолітнього розумової чи психічної відсталості (не пов'язаної із психічним розладом) такого ступеня, за якого він за розвитком не відповідає віку, вказаному у документі про народження, суд повинен розглянути питання про визнання неповнолітнього таким, що не досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, та можливе застосування примусових заходів виховного характеру (с. 109). При цьому не аналізуються існуючі у вітчизняній науці підходи з питання про юридичну природу та вплив на кримінальну відповідальність неповнолітніх невідповідності віку фактичного (психологічного, інтелектуального) вікові хронологічному (документальному, календарному) (відсутність вини, недосагнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, наявність неосудності тощо). З огляду на те, що чинний КК України (як і КПК України 2012 р.) фактично ігнорує проблему кримінально-правових наслідків нехворобливих відхилень у психічному (інтелектуальному) розвитку неповнолітніх, і враховуючи багатоваріантність її розв'язання в зарубіжному кримінальному законодавстві, вважаю, що дисертанту варто було б більш чітко визначити та обґрунтувати авторську позицію з цього приводу.

3. Здобувач має рацію, коли стверджує, що: 1) при застосуванні до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру при звільненні від покарання в порядку застосування ч. 1 ст. 105 КК України процесуальне рішення суду має набувати вигляду обвинувального вироку, а не ухвали (постанови) суду; 2) КПК України 2012 р. ускладнює порядок регламентації звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності та від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (зокрема, с. 104, 145, 172, 174–175). Було б логічно, якби Л.В. Герасимчук запропонувала внести спрямовані на узгодження кримінального і кримінального процесуального законодавства зміни до КПК України 2012 р. з тим, щоб реалізувати обстоюване нею положення про обвинувальний вирок суду, у формі якого до неповнолітніх злочинців у порядку накладення на них кримінальної відповідальності мають застосовуватись примусові заходи виховного характеру. Адже ст. 497 чинного КПК «Порядок застосування до неповнолітнього обвинуваченого примусових заходів виховного характеру», на відміну від ст. 447 попереднього КПК, не вказує на винесення ухвали (постанови) суду, залишаючи питання про форму процесуального документа відкритим. А на практиці, як повідомляє авторка, випадки постановлення судами саме вироків, на підставі яких ухвалюються рішення про звільнення неповнолітніх від покарання і застосування примусових заходів виховного характеру, є швидше винятком, ніж правилом (с. 104).

4. Визначення об'єкта дослідження як суспільних відносин, що забезпечують реалізацію кримінальної відповідальності неповнолітніх (с. 8), є невдалим. Адже у дисертації висвітлюються, поміж іншого, проблеми звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності, а звільнення від кримінальної відповідальності немає підстав визнавати реалізацією кримінальної відповідальності. У випадку такого звільнення відсутній

державний осуд того, хто вчинив злочин, який є обов'язковим елементом кримінальної відповідальності. Врегульований КК України каральний вплив є несумісним з юридичною природою звільнення від кримінальної відповідальності як вираження вибачення, відмови держави від визнання особи винуватою у вчиненні злочину в обмін на її законслухняну поведінку у майбутньому. Про те, що звільнення від кримінальної відповідальності є альтернативою кримінальній відповідальності, неодноразово і цілком слушно пише у своїй дисертації і сама Л.В. Герасимчук. На мій погляд, об'єкт свого дослідження здобувачу варто було визначати шляхом звернення до поняття заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх.

5. Вважаю, що робота лише виграла, якби Л.В. Герасимчук висловила своє ставлення до пропозицій *de lege ferenda*, сформульованих її попередниками і безпосередньо пов'язаних із досліджуваною проблематикою, а саме щодо: 1) розширення сфери застосування ст. 105 КК України таким чином, щоб уможливити звільнення від покарання із застосуванням примусового заходу виховного характеру – направлення до спеціальної навчально-виховної установи – тих неповнолітніх, які вчинили тяжкі, але ненасильницькі злочини (див.: Яцун О.С. Особливості кримінального покарання неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2009. – С. 75, 120). Наведена пропозиція набуває нового звучання в світлі законодавчих змін від 15 листопада 2011 р., відповідно до яких роль класифікатора злочинів виконує максимальна межа покарання у виді не лише позбавлення волі, а і штрафу, що призначається як основне покарання; 2) закріплення в ч. 1 ст. 97 КК України комплексу позитивної посткримінальної поведінки неповнолітнього у форі повного визнання своєї вини, щирого каяття у вчиненому злочині та усунення заподіяної злочином шкоди і відшкодування збитків як умови звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності (див.: Єремій Г.О. Вказана праця. – С. 15). Видається, що таке поліпшення законодавства могло б сприяти розв'язанню проблеми конкуренції видів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених ст. 45 і ст. 97 КК України; 3) надання суду права у виключних випадках (з урахуванням особи винного та характеру вчиненого злочину) застосовувати передбачені чинним законодавством особливості кримінальної відповідальності і звільнення від неї неповнолітніх і щодо осіб, які вчинили злочини у віці від 18 до 21 року (див.: Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: монографія. – К., 2004. – С. 50–51; Яцун О.С. Вказана праця. – С. 9, 38, 199). Така доктринальна пропозиція враховує досвід окремих європейських країн, а так само Пекінські правила, у п. 3.1 яких говориться, що держави повинні докладати зусиль для поширення дії принципів, викладених у цих Правилах, на молодих повнолітніх правопорушників. Рекомендація РЄ щодо нових способів роботи з неповнолітніми правопорушниками і ролі правосуддя у справах неповнолітніх (2003 р.) також передбачає, що, враховуючи тривалий період дорослішання, варто забезпечити можливість застосування до молодих повнолітніх людей віком до 21 року підходів, що порівняні з підходами до неповнолітніх, якщо суддя зробить висновок про те, що такі правопорушники не є зрілими і відповідальними за свої дії тією ж мірою, що і дорослі.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ М.О. МІЩЕНКО «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА КУЛЬТУРНИХ ЦІННОСТЕЙ В УКРАЇНІ»¹

Всебічний і гармонійний розвиток особистості вимагає, крім усього іншого, засвоєння культурної спадщини свого народу, розширення обміну культурними цінностями різних народів. Втрата історичного і культурного надбання спроможна викликати амнезію у цілої нації, втрату вектору розвитку суспільства. Невід'ємним компонентом духовної культури виступає історична самосвідомість, знання народом свого минулого, без чого не може бути ні успішної держави, ні здорової суспільної моралі. Невипадково вважається, що найбільш серйозні проблеми націй і держав пов'язані передусім не з економікою, політикою чи, наприклад, обороною, а з нематеріальними, неловимими символами. Охорона культурної спадщини в будь-якій розвинутій державі має бути одним з найважливіших завдань, оскільки вона (спадщина) є внеском того чи іншого народу у розвиток людської цивілізації, засобом соціалізації майбутніх поколінь. При цьому злочинні посягання на культурні цінності призводять до того, що суспільство втрачає (нерідко безповоротно) частину свого культурного надбання.

Ратифікувавши низку міжнародно-правових актів, пов'язаних з охороною культурної спадщини, Україна взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення виявлення, охорони, популяризації і передачі майбутнім поколінням культурної спадщини. Про те, що питання законодавчої регламентації обігу культурних цінностей перебувають у сфері постійної уваги нашої держави, свідчить відносно нещодавня (вересень 2013 р.) ратифікація Україною Рамкової конвенції РЄ про значення культурної спадщини для суспільства 2005 року. Зазначені вище положення закономірно знаходять втілення в Основному Законі нашої держави. Конституція України проголошує, що: культурна спадщина охороняється законом (ч. 4 ст. 54); держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, які представляють культурну цінність (ч. 5 ст. 54); кожен зобов'язаний не наносити шкоду культурній спадщині (ст. 66). Важливу роль у реалізації цих конституційних приписів мають відігравати кримінально-правові заходи.

Наукова новизна дисертації М.О. Міщенко полягає в тому, що ця робота є першим після набрання чинності КК України 2001 р. монографічним дослідженням проблем кримінальної відповідальності за злочини, спеціальною ознакою складів яких є їх предмет – культурні цінності.

Поділяю міркування здобувача про: брак у вітчизняній юридичній літературі монографічних досліджень, присвячених характеристиці злочинних посягань на культурні цінності; вади законодавчого визначення поняття «культурні цінності»; оціночний характер предмета злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 193 КК України, тотожність понять «майно, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність» і «скарб, який має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність», з одного боку, і «культурні цінності», з іншого, і доцільність заміни у тексті вказаної статті КК України перших двох понять останнім; співвідношення культурних цінностей та археологічної спадщини; безперспективність суто технічного поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки; екологічну спрямованість злочину, передбаченого ст. 252 КК України; можливість вчинення злочинів, передбачених частинами 2–5 ст. 298 КК України, у формі як дії, так і бездіяльності; необхідність розрізняти привласнення як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 191 КК України, і привласнення як спосіб вчинення злочину, караного за ст. 193 КК України; можливість кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 193 і ст. 298 КК України; визнання предметом контрабанди тих культурних цінностей, які не підлягають вивезенню з України, занесені до Державного реєстру національного культурного надбання, долучені до Національного архівного фонду або долучені до Музейного фонду України; безпідставність інкримінування ст. 201 КК України особі, яка добросовісно помиляється стосовно того, чи є той або інший предмет культурною цінністю; неправильність додаткової кваліфікації вчиненого за статтями КК України про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності у випадках, коли особа для незаконного переміщення культурних цінностей через митний кордон України не використовує своє службове становище; необхідність охоплення удосконаленою диспозицією ст. 298 КК України випадків знищення або пошкодження пам'яток місцевого значення; доцільність конкретизації інших робіт, згадуваних у диспозиції ч. 1 ст. 298 КК України; виключення окремої вказівки на руйнування з диспозиції ст. 298 КК України; незалежність кваліфікації вчиненого за ст. 201 КК України від кількості культурних цінностей, незаконно переміщених через митний кордон України; можливість кваліфікації скоєного за сукупністю злочинів, передбачених ст. 201 і ст. 198 КК України, а так само за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 298 КК України, і частинами 2–5 цієї статті КК.

Зауваження.

1. Позиція дисертанта щодо розуміння суті і кола злочинних посягань на культурні цінності потребує уточнення. Злочини, що посягають на культурні цінності, здобувач визначає як «суспільно небезпечні діяння,

¹ Захист відбувся 26 лютого 2014 р. у Національній академії внутрішніх справ.

предметом яких є культурні цінності або інші пов'язані з ними об'єкти, посяганням на які спричиняється шкода національному культурному надбанню України та/або світовій культурній спадщині» (с. 79, 143, 178). Якщо в наведеному визначенні вказується на суспільну небезпеку певних діянь, то не зовсім логічним видається відсутність у ньому згадування інших, вказаних у ч. 1 ст. 11 КК України ознак загального поняття злочину (передбачення в КК, винність, вчинення суб'єктом злочину). Мабуть, варто зазначати або всі такі ознаки, або жодного. Разом з тим навряд чи виправдано у визначенні поняття злочинів, що посягають саме на культурні цінності, згадувати відмінні від культурних цінностей, хоч і пов'язані з ними об'єкти. Тим більше, що дисертант доводить: інші предмети кримінально караних посягань на культурну спадщину є тотожними з культурними цінностями або є їх складовою.

Хотів би зауважити і те, що сформульоване здобувачем визначення поняття «злочини, які посягають на культурні цінності» дозволяє охопити не лише злочини, карані за ст.ст. 193, 201, 298 КК України, як про це пише авторка (с. 69, 75). Наприклад, традиційні корисливі злочини проти власності (звичайно, за умови їх вчинення стосовно культурних цінностей) також можуть розглядатись як злочини, що посягають на культурні цінності. З певними застереженнями це можна сказати і про деякі інші кримінально карані діяння (наприклад, злочини у сфері службової діяльності або злочини, передбачені ст.ст. 178, 179 КК України). Фактично цю обставину визнає і дисертант (с. 59, 61, 70, 147, 157, 159 та ін.), слушно зауважуючи, що у випадку, коли «культурні цінності є предметом злочинів, де вони не є їхньою спеціальною ознакою, кваліфікація таких діянь здійснюється у межах загальних складів злочинів, передбачених Особливою частиною КК України...» (с. 157, 176). За таких обставин у визначенні злочинів, які посягають на культурні цінності та вивченню яких присвячено дисертацію, більш чітко мало бути зазначено, що обов'язковою ознакою складів цих злочинів є їх предмет у вигляді культурних цінностей. Ще один прийнятний варіант визначення поняття відповідних злочинів – це визначення, в якому було б вказано, що встановлений порядок охорони національного культурного надбання України та (або) світової культурної спадщини (відповідні відносини) виступає основним обов'язковим, а не додатковим (до того ж факультативним) об'єктом кримінально-правової охорони.

2. Дисертант висуває та аргументує пропозицію регламентувати кримінальну відповідальність за контрабанду культурних цінностей у межах окремої частини (ч. 1) ст. 201 КК України (с. 101–103, 117–118, 180), не вважаючи за потрібне змінювати місце цієї кримінально-правової норми в системі Особливої частини КК України. Проблема, однак, існує. Після того, як наш законодавець у листопаді 2011 р. вирішив позбутися так званої господарської контрабанди (точніше її відображення в тексті кримінального закону), традиційне розміщення зазначеної кримінально-правової заборони в розділі VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності» навряд чи може бути визнане виправданим. Вважаю, що у цьому контексті М.О. Міщенко мала б висловитись як з приводу невідповідності назви розділу VII Особливої частини КК України відносинам, охоронюваним статтями 199–233 цього Кодексу, так і з приводу пропозицій окремих вітчизняних науковців (Н.О. Гурова, А.А. Притула, А.В. Савченко та ін.) перенести норму (або норми) про відповідальність за контрабанду предметів, вільний обіг яких чинним законодавством обмежується, за межі розділу КК, присвяченого злочинам у сфері господарської діяльності.

До речі, позначену проблему авторка і сама чудово розуміє. Так, розмірковуючи над проблемою криміналізації неповернення культурних цінностей і критикуючи деяких зарубіжних законодавців за віднесення цього діяння до злочинних посягань на встановлений порядок економічної діяльності, дисертант пише, що «з учиненням зазначеного діяння порушується встановлений законодавством порядок переміщення культурних цінностей. Зашкодити економічній діяльності цей злочин не може...» (с. 169). На мій погляд, ці висловлювання стосуються і контрабанди культурних цінностей, основний безпосередній об'єкт якої здобувач також визначає як встановлений порядок переміщення відповідних предметів через митний кордон України (с. 74, 178).

З наведеними вище міркуваннями тісно пов'язана і проблема оптимізації Особливої частини КК в аспекті виокремлення в ній розділу, який би об'єднував норми про відповідальність за злочинні посягання на культурні цінності. З приводу відповідної доктринальної пропозиції (В.В. Кузнецов) дисертант чіткої авторської позиції не висловлює (с. 73), констатує притаманну чинному КК України нетотожність родових об'єктів злочинів, що посягають на культурні цінності. І це при тому, що здобувач переконливо пише про спільність тих чинників, які визначають суспільну небезпеку контрабанди культурних цінностей, незаконного привласнення знайденого або чужого майна, що має особливу цінність, незаконного проведення робіт на об'єктах археологічної спадщини, незаконного знищення і пошкодження об'єктів культурної спадщини як кримінально караних посягань на національну і світову культурну спадщину (с. 71–72).

3. Справедливо виходячи з того, що викласти на сторінках кандидатської дисертації ґрунтовний аналіз усіх (або принаймні більшості) концепцій об'єкта злочину та навести власні аргументи на користь займаної позиції з цього питання просто неможливо і навряд чи потрібно, М.О. Міщенко приєднується до наукової позиції, згідно з якою під об'єктом злочину слід розуміти суспільні відносини, поставлені під охорону кримінального закону (с. 72). Водночас авторка демонструє певну непослідовність, адже при визначенні основних

і додаткових об'єктів досліджуваних нею злочинів нерідко не дотримується заявленої позиції. Так, основним об'єктом контрабанди культурних цінностей називається, як вже зазначалось, встановлений порядок переміщення відповідних предметів через митний кордон України (с. 74, 178), а додатковим об'єктом – забезпечений законом порядок захисту державою культурних цінностей як складових культурної спадщини (с. 100, 102, 143, 178). Додатковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 193 КК України, визнається передбачений законодавством порядок охорони культурної спадщини (с. 81, 178), а злочину, описаного в ч. 1 ст. 298 КК України, – встановлений законом порядок проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини (с. 123, 144). Основний безпосередній об'єкт незаконного проведення робіт на об'єктах археологічної спадщини (ч. 1 ст. 298 КК) та незаконного знищення і пошкодження об'єктів культурної спадщини (частини 2–5 ст. 298 КК України) визначається як моральність у частині ставлення до об'єктів археологічної спадщини (с. 178).

У світлі сказаного вельми дискусійним видається обстоюване дисертантом протиставлення кримінально-правової охорони суспільних відносин, які виникають з обігом культурних цінностей, та кримінально-правової охорони самих культурних цінностей як предмета (с. 4). Тим більше, що сама авторка пише про залучення культурних цінностей до людської діяльності і, відповідно, про їх статус як предмета суспільних відносин, наприклад, пов'язаних із переміщенням через український кордон (с. 72). Вважаю також, що, з огляду на формулювання теми дисертації, М.О. Міщенко (вочевидь, у підрозділі 1.1 «Стан дослідження кримінально-правової охорони культурних цінностей») мала б показати, яке розуміння кримінально-правової охорони вона поділяє. Адже поняття «кримінально-правова охорона», незважаючи на його розповсюдженість у сучасній юридичній літературі, належить у доктрині до вельми дискусійних.

4. Дисертант слушно наполягає на закріпленні в кримінальному законі вказівки на те, що відповідальність на підставі частин 2–5 ст. 298 КК України повинна наставати, якщо має місце знищення або пошкодження хоча б одного об'єкта культурної спадщини, вказаного в цій статті КК (с. 11, 129). Щоправда, зазначена пропозиція дисертанта, пов'язана з удосконаленням законодавчої техніки, чомусь не знайшла відображення у сформульованій авторській редакції ст. 298 КК України (с. 142 – 143, 181): поняття «пам'ятка місцевого значення» і «пам'ятка національного значення» вживаються тут у множині.

Принагідно зауважу, що у зв'язку із згадуванням в авторській редакції ст. 298 КК України пам'яток місцевого значення і пропонованим здобувачем розподілом культурних цінностей за рівнем їх значущості на культурні цінності загальносвітового, національного і місцевого значення (с. 38) виглядає дещо нелогічною та обставина, що у визначенні поняття «культурні цінності», наведеному у дисертації (с. 10, 34, 67), фігурують предмети, які мають лише або національне, або загальносвітове значення. Якщо мова вже зайшла про здійснену в роботі за різними критеріями докладну класифікацію культурних цінностей (с. 34–40), то я очікував побачити більш чітке пояснення кримінально-правового значення цієї класифікації. Адже здобувач заявляє, що ця класифікація здійсненна для потреб кримінального права (с. 9).

5. Не всі міркування дисертанта, які стосуються криміналізації та декриміналізації поведінки людини, сприймаються однозначно. Так, на С. 99 можна прочитати, що Законом України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» «було декриміналізовано контрабанду товарів». Погоджуюсь із таким твердженням лише частково. Адже якщо незаконне переміщення товарів через митний кордон України поєднується з ухиленням від сплати обов'язкових платежів, які стягуються митницею, входять у систему оподаткування і безпосередньо пов'язані з переміщенням товарів через митний кордон (мито, ПДВ і акцизний податок), вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 212 КК як ухилення від сплати податків і зборів. До того ж декларування товарів під іншим кодом Української класифікації товарів ЗЕД, умисне заниження митної вартості, повідомлення інших завідомо недостовірних відомостей під час митного оформлення товарів (про країну походження, митний режим, належність і мету їх використання тощо) за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 222 КК, має розцінюватись як шахрайство з фінансовими ресурсами.

Доповнення КК України новою спеціальною заборонаю – ст. 188-2 «Викрадення, привласнення, вимагання культурних цінностей або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем» здобувач називає «криміналізацією викрадення культурних цінностей» (с. 160, 165), що загалом є неточним, оскільки чинним законодавством уже передбачено кримінальну відповідальність за зазначені діяння. У цьому разі доречніше вести мову про бажану диференціацію кримінальної відповідальності за корисливі посягання на культурні цінності.

Висуненню пропозиції про запровадження кримінальної (а не адміністративної, як про це писали деякі попередники) відповідальності за необережне знищення об'єктів культурної спадщини мав би передувати докладний розгляд цієї проблеми з урахуванням вироблених доктриною принципів криміналізації. Натомість дисертант присвячує обґрунтуванню своєї пропозиції усього три сторінки (с. 172–174), що явно замало.

6. З'ясовуючи, у який спосіб може бути вчинено передбачену ст. 201 КК України контрабанду культурних цінностей, здобувач не зовсім чітко розмежовує попередню і чинну редакції цієї статті КК. Так, на С. 104 зазна-

чається: «Незаконне переміщення культурних цінностей через кордон полягає в тому, що його здійснюють поза митним контролем, з приховуванням від митного контролю, якщо воно поєднане з недекларуванням або за відсутності належного дозволу». Стверджується також, що «переміщення культурних цінностей є незаконним, якщо воно здійснюється ... без спеціального дозволу, який надається в установленому відповідними нормативними актами порядку, або, навіть за умови наявності такого дозволу, якщо він оформлений з порушенням визначених вимог, таке переміщення здійснюється поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю» (с. 105).

Із наведених висловлювань випливає, що дисертант не звернула належної уваги на здійснену в листопаді 2011 р. зміну законодавчого описання складу злочину «контрабанда». Під згаданим у попередній редакції ст. 201 КК незаконним переміщенням предметів контрабанди (відмінних від товарів) через митний кордон розумілось їх переміщення не лише поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, а і поєднане з недекларуванням та вчинене за відсутності належного дозволу. Отже, не було особливої потреби у поширювальному тлумаченні закону в тих випадках, коли особи під час проходження митного контролю не приховували, наприклад, культурні цінності, однак і не декларували їх. З огляду на пряму вказівку законодавця, будь-яке незаконне (у тому числі поєднане із недекларуванням або здійснене без спеціального дозволу) переміщення вказаних предметів через митний кордон визнавалось злочином – контрабандою. Чинна ж редакція ст. 201 КК вказаний нюанс загалом не враховує. Наразі переміщення вказаних у ст. 201 КК предметів через митний кордон, здійснюване за відсутності потрібного в конкретному випадку дозволу, якщо таке переміщення не здійснюється поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, на перший погляд, складу розглядуваного злочину не утворює. Разом з тим слід брати до уваги, що митна декларація для письмового декларування товарів, які переміщуються через митний кордон України громадянами для особистих, сімейних та інших потреб, не пов'язаних з провадженням підприємницької діяльності, включає в себе відомості у тому числі про товари, переміщення яких через державний кордон здійснюється за дозвільними документами, що видаються органами виконавчої влади. Недостовірне письмове декларування, коли особа у митній декларації не згадує про наявні у неї предмети, переміщення яких через державний кордон здійснюється за дозвільними документами (у нашому випадку – культурні цінності), вочевидь, може розцінюватись як різновид приховування від митного контролю (а саме подання митному органу документів, які містять неправдиві дані), а отже, за наявності інших ознак складу аналізованого злочину має кваліфікуватись за ст. 201 КК. Певний сумнів у правильності зробленого висновку зумовлений тим, що Митний кодекс України поряд із таким правопорушенням, як переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю, передбачає самостійну відповідальність за недекларування товарів, тобто за незааявлення за встановленою формою точних і достовірних відомостей про предмети, які підлягають обов'язковому декларуванню у разі їх переміщення через митний кордон України (ст. 472 МК).

Вважаю, що удосконалена кримінально-правова норма про відповідальність за контрабанду має враховувати передбачений чинним законодавством дозвільний порядок переміщення певних предметів (включаючи культурні цінності) через митний кордон, коли сама по собі відсутність належного дозволу повинна розглядатись як підстава для кримінально-правового реагування. З урахуванням сказаного, складно погодитись із М.О. Міщенко, яка в запропонованій авторській редакції норми КК, присвяченій контрабанді культурних цінностей (с. 181), традиційно веде мову про переміщення цих предметів поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю.

На відміну дисертанта (с. 107–108), я підтримую висловлену в літературі ідею виокремити у нормі КК про контрабанду як самостійний спосіб вчинення цього злочину використання завідомо неправдивих документів. На користь безпосереднього закріплення у тексті КК ознак «документальної» контрабанди можна навести, зокрема, такі аргументи: 1) у випадках її вчинення має місце інтелектуальне маскування та, як наслідок, відсутнє фізичне приховування предметів, незаконно переміщуваних через митний кордон; 2) у ст. 483 МК, яка розкриває поняття «з приховуванням від митного контролю», не згадуються документи, які є підставою для переміщення інших предметів, а так само недійсні документи, що можна вважати прогалиною у кримінально-правовому регулюванні відповідних відносин; 3) на практиці досить гостро стоїть питання про розмежування документів, які є підставою для переміщення предметів через митний кордон і дії з якими можуть утворювати склад злочину «контрабанда», з одного боку, і тих документів, які необхідні для митного оформлення, але які не є власне підставою для переміщення предметів через митний кордон, з іншого. При цьому слід враховувати, що частина «документальної» контрабанди вже охоплюється таким способом її вчинення, як приховування від митного контролю, у зв'язку з чим у ст. 201 КК України варто вказати на «інше обманне використання документів або засобів митного забезпечення».

7. Висловлювання здобувача стосовно спеціальної конфіскації виглядають дещо суперечливими. Спочатку дисертант стверджує, що передбачена в санкціях усіх частин ст. 201 КК України конфіскація предметів контрабанди є додатковим покаранням (с. 115). Далі ж М.О. Міщенко погоджується з висловленою у літературі точкою зору, згідно з якою «спеціальна» конфіскація є не видом покарання, а іншим заходом кримінально-пра-

вового характеру (с. 116). Таку невизначеність позиції дисертанта, звичайно, можна зрозуміти з огляду на те, що в теорії кримінального права тривала досить жвава дискусія щодо правової природи та процесуального значення спеціальної конфіскації. Разом з тим слід враховувати, що певну ясність з цього питання вніс законодавець. У зв'язку з цим вважаю, що дисертанту варто було звернутися до положень Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України», яким передбачено низку серйозних новел стосовно регламентації саме спеціальної конфіскації.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Д.М. ГОРБАЧОВА «СПІВУЧАСТЬ У ЗЛОЧИНАХ ІЗ СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ (НА ПРИКЛАДІ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ)»¹

Не дивлячись на ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», залишаються невирішеними чимало питань, пов'язаних з удосконаленням антикорупційного законодавства, на які неодноразово звертали увагу науковці і практичні працівники. Зокрема, це: поняття «публічні послуги» та, відповідно, віднесення до осіб, які надають публічні послуги, певних категорій спеціалістів, які займаються професійною діяльністю; невизначеність щодо розуміння неправомірної вигоди та її складових; відсутність нормативного визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права». І, звичайно, потребує розгляду питання, наскільки вдалим для втілення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення різних управлінців є обраний українським законодавцем критерій, а саме поділ юридичних осіб на два види – публічного і приватного права. Актуальності обраній темі, яка є комплексною, додає та обставина, що юридичною наукою поки що не сформульовано усталеної позиції з низки серйозних питань, які стосуються інституту співучасті у злочині (неоднакове тлумачення форм співучасті, описаних у ст. 28 КК України, їх співвідношення між собою, а так само форм і видів співучасті у злочині; кваліфікація співучасті у злочині зі спеціальним суб'єктом; співвідношення інститутів співучасті у злочині і групового злочину; можливість інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» у випадках не технічного, а юридичного розподілу ролей між співучасниками тощо).

Визначаючи наукову новизну дисертації Д.М. Горбачова, слід погодитись із здобувачем у тому, що написана ним робота є першим комплексним монографічним дослідженням проблем співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. У дисертації втілено вельми оригінальний підхід, який полягає в комплексному висвітленні проблемних питань одразу трьох кримінально-правових інститутів – двох інститутів Загальної частини (суб'єкт злочину, співучасть у злочині) та одного інституту Особливої частини кримінального права (відповідальність за службові і «прирівняні» до них злочини).

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: родовий об'єкт злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, як охоронюваний законом порядок суспільних відносин, що забезпечує належне здійснення своєї діяльності службовими особами та особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг; зайвистість виділення такої ознаки спеціального суб'єкта злочину, як наділення певними додатковими ознаками на момент вчинення злочину; факультативний характер ознак спеціального суб'єкта у межах загального вчення про склад злочину; необхідність чіткого законодавчого визначення поняття «особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг»; здійснену в 2011 р. диференціацію кримінальної відповідальності різних службових осіб та запровадження кримінальної відповідальності для осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг; неможливість співучасті в караній за ст. 367 КК України службовій недбалості; невідповідність назви ст. 369-2 КК України «Зловживання впливом» змісту диспозиції цієї кримінально-правової заборони; безпідставність закріплення в ст. 364 КК України такої ознаки службового зловживання, як всупереч інтересам служби; притаманну чинному законодавству невирішеність питання про охоплення поняттям неправомірної вигоди немайнових благ; виправданість позиції законодавця, який шляхом виокремлення ст. 365-2 і ст. 368-4 КК України більш-менш чітко вирішив проблему кримінально-правового статусу у тому числі нотаріуса; доцільність виваженого ставлення до використання звороту «юридично значима діяльність» при удосконаленні кримінально-правового поняття службової особи; нелогічність позиції вітчизняного законодавця, який у ст. 18 КК України розкриває зміст поняття лише одного різновиду спеціального суб'єкта злочину – службової особи; доцільність застосування під час аналізу надання-одержання неправомірної вигоди концепції «необхідної співучасті»; перспективність регламентації відповідальності за посередництво в наданні або одержанні неправомірної вигоди в окремій кримінально-правовій забороні; взаємозв'язок категорій «диференціація кримінальної відповідальності», «кваліфікація злочину» та «індивідуалізація покарання».

Зауваження.

1. Суперечливими виглядають висловлювання дисертанта з питання про можливість визнання співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом тієї особи, якій не притаманні ознаки спеціального суб'єкта злочину. У положеннях, які висувуються на захист (с. 10), дисертант у межах вчення про спеціальний склад злочину та

¹ Захист відбувся 4 березня 2014 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

його види визнає існування складів злочинів зі спеціальним суб'єктом, об'єктивна сторона яких може бути частково виконана загальним суб'єктом (всім зрозумілий приклад: співвиконавство жінки у зґвалтуванні жінки). Далі ж у тексті дисертації це слушне, як на мене, положення, яке, за словами самого Дмитра Миколайовича, набуло в роботі подальшого розвитку, фактично спростовується у зв'язку з тим, що його сприйняття нібито призводить до того, що «сутність, мета і значення виокремлення спеціального суб'єкта у кримінальному праві повністю нівелюються» (с. 162). Цілком очевидно і те, що запропонована здобувачем редакція ч. 6 ст. 29 КК України, відповідно до якої той, хто не має ознак спеціального суб'єкта злочину, може підлягати кримінальній відповідальності лише як організатор, підбурювач чи пособник певного злочину (с. 170, 190), не узгоджується з виокремленням зазначеного вище виду спеціального складу злочину. Разом з тим із твердження Д.М. Горбачова про те, що «За загальним правилом, при співучасті у злочинах із спеціальним суб'єктом виконавцями можуть бути лише особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта» (с. 156), впливає, що з цього правила можуть бути і винятки у вигляді входження до складу групи осіб – співвиконавців осіб, які не є спеціальними суб'єктами злочину.

2. Автор, керуючись тезою «усі сумніви – на користь винного», наполягає на тому, що заподіювані окремими службовими злочинами нематеріальні збитки мають завжди розцінюватись не як тяжкі наслідки, а як істотна шкода (с. 8–9, 86–89, 188). Незважаючи на труднощі при розмежуванні істотної шкоди і тяжких наслідків у контексті відповідальності за службові злочини, погодитись із наведеною тезою здобувача складно. Все ж, якщо законодавець використовує ту чи іншу оціночну ознаку, то суд у мотивувальній частині свого рішення має пояснити, чому цю ознаку було інкриміновано винному. До речі, сам дисертант зазначає, що оціночні поняття не слід розглядати як однозначно негативну рису кримінального закону і що усунення проблем, викликаних невизначеністю цих понять, можливе шляхом їх однакового застосування на практиці (с. 89). За таких обставин не зовсім зрозуміло, чому Д.М. Горбачов не звертає уваги на постанову Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», у п. 10 якої саме з метою формування однакового стандарту застосування норм КК роз'яснюється, що варто розуміти під тяжкими наслідками (наприклад, заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень або смерті, доведення його до самогубства, створення аварійної ситуації, що потягла людські жертви).

Якщо ж виходити із несприйняття ЄСПЛ, на рішення якого в справі «Лійвік проти Естонії» посилається дисертант, розмитих (нечітких) понять на кшталт «значної шкоди», то оціночним ознакам взагалі не місце в КК України. Але ж ці ознаки при всіх відомих їх вадах забезпечують гнучкість кримінально-правового регулювання. Об'єктивною причиною використання оціночних ознак у кримінальному законі виступає надзвичайна багатоманітність соціально небезпечних предметів, властивостей і явищ, які потребують постійного контролю, а суб'єктивною – створення особливого прийому законодавчої техніки, необхідного для відображення у кримінальному законі згаданої багатоманітності явищ і процесів суспільного життя (О.В. Кобзева). У будь-якому разі вимушений констатувати, що міркування дисертанта з розглядуваної проблеми не доведені до логічного завершення – до формулювання пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства, а саме на перегляд ч. 4 примітки ст. 364 КК України, з чинної редакції якої впливає, що тяжкі наслідки можуть полягати у завданні не лише матеріальних збитків.

3. Здобувач виокремлює три різновиди спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: 1) службові особи державних органів та органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств та прирівняних до них юридичних осіб; 2) службові особи юридичних осіб приватного права; 3) особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (с. 46–47, 111, 188). Стверджується також, що в межах розділу XVII Особливої частини КК України можна виокремити три групи злочинів, які відрізняються за суб'єктом вчинення злочину та сферою діяльності, при здійсненні якої може бути вчинене відповідне посягання (с. 47).

Вважаю, що ці висловлювання потребують уточнення. По-перше, ще одним різновидом спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності є підстави визнати тих службових осіб, визначення поняття яких закріплено у ч. 3 ст. 18 КК України. Маються на увазі службові особи, які задіяні в управлінській сфері без поділу її на публічну і приватну складову та які можуть нести відповідальність за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 366, 367, 370 КК України. До речі, сам дисертант поряд із злочинами, вчинюваними службовими особами публічного права (ст. ст. 364, 365, 368 КК тощо), і злочинами, вчинюваними службовими особами приватного права (ст. ст. 364-1, 365-1, 368-3 КК), слушно виокремлює злочини, що вчиняються службовими особами у розумінні ст. 18 КК (ст. ст. 366, 367, 370 КК) (с. 62). По-друге, у межах розділу XVII Особливої частини КК України можна виділити ще одну (четверту) групу злочинів, яку утворюють посягання, вказані в цьому розділі і вчинювані загальними суб'єктами.

4. На С. 190 дисертації серед інших висновків зазначається таке: «Виявлено, що кваліфікація незаконного збагачення в разі вчинення цього злочину службовою особою як сукупності злочинів, передбачених ст. ст. 368, 368-2 КК України, суперечить принципу заборони подвійного інкримінування, оскільки одне діяння – одержання

неправомірної вигоди, за умови реалізації такої кваліфікації, отримає оцінку за двома статтями КК України». Однак із здійсненого здобувачем доволі поверхового аналізу об'єктивної сторони складу злочину «незаконне збагачення» (ст. 77–80) не впливає, що в доктрині чи на практиці ставиться питання про існування згаданої сукупності злочинів. Крім цього, вважаю, що безпідставність одночасного інкримінування службовій особі, винуватій в одержанні неправомірної вигоди, двох кримінально-правових заборон (ст. 368 і ст. 368-2 КК України) впливає не стільки з необхідності дотримання принципу *non bis in idem*, як про це пише Д.М. Горбачов, скільки з того, що ці два склади злочинів виключають один одного з огляду на пряму законодавчу вказівку (у диспозиції ст. 368-2 КК міститься застереження «за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу»). У черговий раз переконуємось у тому, що закріплене в ст. 368-2 КК України визначення незаконного збагачення не лише вихолощує основний зміст цього корупційного діяння у розумінні ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (живеш не за заробленими коштами і не можеш це розумними чином пояснити – ти злочинець), а і створює труднощі, пов'язані з відмежуванням цього відносно нового службового злочину від інших злочинних посягань службових осіб і передусім від традиційного одержання хабара (наразі – неправомірної вигоди).

5. Не зовсім послідовно вирішує здобувач питання, чи можуть ознаки спеціального суб'єкта злочину не вказуватись у диспозиції кримінально-правової норми, а впливати з неї, встановлюватись шляхом її тлумачення. Так, на С. 18 дисертації дисертант, критикуючи В.В. Устименка, пише, що відповідні ознаки мають бути визначені в диспозиціях статей КК, «адже їх відсутність унеможливить констатацію суб'єкта злочину як спеціального». Такий же підхід знаходить відображення в авторській редакції ч. 6 ст. 29 КК України, де використовується формулювання «особа, що не має спеціальних ознак суб'єкта злочину, зазначених у відповідній статті Особливої частини цього Кодексу...» (с. 190). Водночас Д.М. Горбачов не виключає (і з цим варто погодитись) існування випадків, коли ознаки, притаманні спеціальним суб'єктам, нормативно не визначені, а також підтримує поділ таких суб'єктів на нормативні і фактичні (с. 19, 20, 32–33). Мені особисто імпонує сформульована в доктрині теза про існування різновиду спеціальних суб'єктів злочину із нормативно невизначеними ознаками.

Дисертант заперечує віднесення осіб, які вчиняють злочини повторно, включаючи рецидивістів, до спеціальних суб'єктів злочину на тій підставі, що повторність «є кваліфікуючою ознакою, що характеризує злочинця, а не основною ознакою, що характеризує один із елементів складу злочину – його суб'єкта» (с. 22). Така аргументація не переконує і суперечить іншим міркуванням автора. Адже здобувач визнає, що у кваліфікованому чи особливо кваліфікованому складі злочину кримінально-правова норма може «ускладнюватися» наявністю ознак спеціального суб'єкта злочину (с. 36, 38). До того ж дисертант, судячи зі С. 31–32, 33, 34 роботи, сприймає (або принаймні не піддає сумніву) наведені в юридичній літературі класифікації спеціальних суб'єктів злочину, які здійснюються, зокрема, за такими критеріями, як наявність злочинної діяльності в минулому і негативні властивості особи, обумовлені антисоціальною діяльністю (наприклад, наявність попередньої судимості).

6. Для того, щоб забезпечити належну кримінально-правову охорону майна, дисертант ініціює перегляд абз. 2 ч. 1 примітки ст. 364 КК України, пропонуючи викласти це законодавче положення в такій редакції: «Для цілей статей 364, 365, 368, 368-2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких є державна чи комунальна частка» (с. 9, 50–51, 191). Однак кримінально-правові норми про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності покликані забезпечувати не охорону майна, а належне здійснення своєї діяльності службовими особами, що визнає і сам дисертант, формулюючи авторське визначення родового об'єкта злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Погано це чи добре, але законодавець у чинному КК України прагне диференціювати кримінальну відповідальність за службові правопорушення в публічній і приватній управлінських сферах, і критиковане здобувачем положення про так звані прирівняні юридичні особи – це, так би мовити, допоміжний важіль такої диференціації. З огляду на сказане, чинна редакція абз. 2 ч. 1 примітки ст. 364 КК України виглядає більш виваженою (не скажу – досконалою) порівняно з формулюванням цієї норми, яке висуває Д.М. Горбачов.

Водночас слід визнати, що законодавець у КК України суперечить положенням ЦК України, визнаючи додатковим критерієм поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного і публічного права форму власності – частку держави чи територіальної громади у статутному фонді певної юридичної особи. Дисертанту у розглядуваному контексті варто було висловити своє ставлення до позиції П.П. Андрушка, згідно з якою: положення про «прирівняні» юридичні особи нівелює принцип диференціації кримінальної відповідальності залежно від правового статусу службової особи та організаційно-правової форми юридичної особи; юридичні особи, у статутному фонді яких державна чи комунальна частка перевищує 50% або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства, повинні визнаватись юридичними особами приватного права.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ В.М. ЗАХАРЧУКА «САМОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ТА САМОВІЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ»¹

Ст. 14 Конституції України проголосила землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави; право власності на землю гарантується. Реалізація цих конституційних положень значною мірою залежить від здатності держави створити належний механізм протидії земельним правопорушенням. Ураховуючи те, що земельне законодавство не містить та і не повинне містити усього арсеналу заходів, покликаних впливати на суб'єктів земельних правопорушень, у переважній своїй більшості заходи боротьби з порушниками земельного законодавства знаходять своє відображення у нормах адміністративного та кримінального законодавства. Важливе місце у системі таких заборонних норм займає ст. 197-1 КК України «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво», включена до цього Кодексу у 2007 р. з метою більш ефективного захисту прав на землю.

Ситуацію, яка склалася на сьогодні у сфері земельних відносин, на жаль, можна охарактеризувати одним словом – беззаконня. І чи не найбільш прикритим у зв'язку з цим є те, що нерідко саме норми чинного законодавства, завданням яких є створення ефективного механізму протидії земельним правопорушенням, формують максимально зручне підґрунтя для того, щоб у царині земельних відносин панувало беззаконня. Типовою для вітчизняного законотворення є ситуація, коли начебто добрі наміри нівелюються невисокою якістю прийнятого нормативно-правового акту, зумовленою відсутністю належного теоретичного обґрунтування, ігноруванням правил законодавчої техніки, поспішністю в ухваленні рішень тощо.

Не дивлячись на активне дослідження проблем кримінальної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво, зокрема, на монографічному рівні, чимало питань, пов'язаних із кримінально-правовою характеристикою злочинів, передбачених ст. 197-1 КК України, продовжують належати до числа дискусійних як у теорії, так і на практиці, а тому не можуть вважатись вирішеними остаточно. Це, наприклад: визнання потерпілими від аналізованих злочинів власників (орендарів) земельних паїв; можливість кваліфікації за ч. 1 ст. 197-1 КК України випадків самовільного зайняття декількох земельних ділянок (їх частин), належних різним власникам (законним володільцям), якщо кожному з них окремо завдано шкоду, недостатню для визнання самовільного зайняття земельної ділянки злочином, але в сукупності розмір цієї шкоди є достатнім для кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 197-1 КК; кримінально-правова оцінка неповернення (несвоєчасного повернення) земельної ділянки, раніше переданої у тимчасове користування на законних підставах; охоплення поняттям будівель і споруд, згаданих у ч. 2 і ч. 4 ст. 197-1 КК України, малих архітектурних форм та інших тимчасових споруд, не визнаних нерухомим майном; законодавча конструкція складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 197-1 КК України; належність самовільного зайняття земельної ділянки до числа триваючих злочинів; співвідношення самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва із складами суміжних правопорушень; визнання самовільного будівництва на самовільно зайнятій ділянці одним злочинним або сукупністю злочинів.

Разючою є підстави вважати невідповідність між кількістю випадків самовільного зайняття земельних ділянок, які щорічно виявляються відповідними контролюючими відомствами, і кількістю порушників земельного законодавства, до яких застосовується ст. 197-1 КК України. Так, як повідомляє сам дисертант, у 2012 р. менше 1 % випадків самовільного зайняття земельних ділянок стали кримінально караними (с. 31). Протягом 2013 р. на підставі різних частин ст. 197-1 КК України було засуджено усього 27 осіб. Цілком очевидно, що зазначена невідповідність, яка вказує на недостатню ефективність відповідних кримінально-правових заборон, потребує пояснень і, головне, висунення науково обґрунтованих пропозицій щодо поліпшення якості законодавства і стану правозастосовної практики.

Наукова новизна дисертації В.М. Захарчука полягає в тому, що в цьому монографічному дослідженні запропоновано нове бачення низки аспектів кримінально-правової характеристики самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва. Поділяю міркування здобувача про: встановлення в межах чинної редакції ст. 197-1 КК України відповідальності за два самостійні, хоч і пов'язані між собою злочини; суспільну небезпеку самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва; стабільність і чіткість регулятивного законодавства як умову ефективного застосування бланкетних за своїм характером норм ст. 197-1 КК України; переваги наукової концепції «об'єкт злочину – правовідносини»; виправданість розміщення заборон, присвячених самовільному зайняттю земельної ділянки і самовільному будівництву, у розділі VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності»; найбільш істотні ознаки земельної ділянки як предмета самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва; необхідність вбачати самовільне зайняття земельної ділянки в тому числі у випадку фактичного заволодіння нею, не поєднаного з її використанням, і зумовлену цим потребу в уточненні законодавчого визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки; байдужість

¹ Захист відбувся 24 квітня 2014 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

для кваліфікації за ст. 197-1 КК України тієї обставини, що власник може не мати наміру чи змоги використувати належну йому земельну ділянку; доцільність виключення зі ст. 197-1 КК України вказівки на самовільність будівництва; безпідставність зниження віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво, до 14 років; необхідність розмежування самовільного зайняття земельної ділянки як злочину і використання земельної ділянки без правовстановлюючих документів; можливість вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК України, з прямим і непрямим умислом, і переважно корисливий характер цього злочину; необхідність доповнення ст. 197-1 КК України новими кваліфікуючими ознаками – вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, у великих та особливо великих розмірах; співвідношення складів злочинів проти власності, передбачених ст. 197-1 КК України, з одного боку, і ст. ст. 189, 190 КК України, з іншого; кваліфікацію самовільного зайняття земельної ділянки, поєднаного із незаконним видобуванням корисних копалин, за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 197-1 і ст. 240 КК України; неправильність одночасного інкримінування ст. 197-1 і ст. 356 КК України у випадку самовільного зайняття земельної ділянки; врахування розміру заподіяної шкоди, місця вчинення діяння і спеціального режиму використання земель при відмежуванні кримінально караного самовільного зайняття земельної ділянки від подібних адміністративних деліктів.

Зауваження.

1. У рубрику наукової новизни «вперше» дисертант включив положення про невизнання малих архітектурних форм (МАФів) і тимчасових будівель та споруд предметом складів злочинів, передбачених ч. 3 і ч. 4 ст. 197-1 КК України, на тій підставі, що такі об'єкти не є нерухомим майном, не мають капітального характеру, встановлюються тимчасово, не пов'язані фундаментом із землею, а права на них не підлягають державній реєстрації (с. 10, 72, 138).

Передусім зверну увагу на те, що питання про охоплення диспозицією ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України випадків будівництва на самовільно зайнятих земельних ділянках МАФів та інших тимчасових споруд вже висвітлювалось в юридичній літературі (зокрема, Р.О. Мовчаном і мною), а це схиляє до думки про доречність розміщення аналізованого положення у рубриці наукової новизни «удосконалено» чи «дістало подальшого розвитку». Основна ж суть мого зауваження зводиться до того, що дисертант, розкриваючи правовий статус тимчасових споруд з погляду кримінальної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво, нечітко розмежував чинну редакцію ст. 197-1 КК України і редакцію цієї кримінально-правової заборони в аспекті *de lege ferenda*. З аналізу положень регулятивного законодавства, здійсненого у тому числі здобувачем (с. 69–72), однозначно випливає, що споруда є об'єктом будівництва, а мала архітектурна форма – спорудою. А це означає, що, керуючись буквальним тлумаченням кримінального закону, будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці будь-якої малої архітектурної форми чи іншої тимчасової споруди має кваліфікуватися не за ч. 1 (ч. 2), а за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України. Видається, що, вказавши у ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України на будівлі і споруди, законодавець несвідомо поставив під кримінально-правову охорону значно ширше коло відносин, ніж насправді того бажав. Викликає сумнів, що Верховна Рада України мала намір встановити в ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України відповідальність за будівництво малих архітектурних форм або інших тимчасових споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці, але вийшло саме так. Точку зору В.М. Захарчука, згідно з якою згадані у ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України будівлі і споруди є нерухомим майном і мають капітальний характер (с. 73), вважаю проявом обмежувального тлумачення закону – як кримінального, так і регулятивного.

Хотілося б, щоб дисертант висловив своє ставлення до нашої з Р.О. Мовчаном пропозиції замінити в тексті ст. 197-1 КК України формулювання «будівництво будівель і споруд» словосполученням «будівництво об'єкта нерухомого майна, що підлягає обов'язковій державній реєстрації». Ця пропозиція якраз і спрямована на те, щоб кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки не посилювалась у випадках будівництва малих архітектурних форм та інших тимчасових споруд. Вимушений також констатувати, що формулювання «будівництво будівель або споруд на земельній ділянці...», використане дисертантом в його авторській редакції ст. 197-1 КК України (с. 185), ґрунт для суперечливого законодавства із розглянутого питання кваліфікації не усуває. До речі, з точки дотримання правил законодавчої техніки невиправданим слід визнати вживання у тексті кримінального закону термінів «будівлі» і «споруди» у множині.

2. Здобувач без будь-яких застережень називає будівлі і споруди, згадані у ч. 3 і ч. 4 ст. 197-1 КК України, предметами складів злочину, передбачених цими кримінально-правовими нормами (с. 10, 63, 68, 138, 181–182), при тому, що в юридичній літературі (зокрема, Н.О. Антонюк, О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан) висловлено та аргументовано думку про визнання цих будівель і споруд знаряддями вчинення злочинного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці.

На С. 63 дисертації можна прочитати, що «із об'єктом злочину нерозривно пов'язаний предмет злочину, під яким у науковій доктрині у найбільш загальному вигляді розуміють будь-які речі матеріального світу, які піддаються безпосередньому злочинному впливові або у зв'язку з якими вчинюється злочин». Видається,

що безпосередньому злочинному впливу піддається земельна ділянка (земля), а не будівлі та споруди, які виступають знаряддям такого злочинного впливу. Вважаю, що позиція дисертанта стосовно правової природи будівель і споруд при вчиненні самовільного будівництва не кореспондується з його авторським розумінням основного безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України, яким пропонується визнавати правовідносини власності на земельну ділянку і правовідносини землекористування (с. 181).

3. Дисертант не вважає за потрібне змінювати диспозицію ч. 1 ст. 197-1 КК України (с. 185), не вбачаючи тут особливих проблем: «Аналіз судових рішень ... підтверджує те, що суди при розгляді справ про самовільне зайняття земельної ділянки розглядають предмет цього злочину як частину земної поверхні в межах її фактично використання. При цьому не має значення, чи є така ділянка цілісною, чи тільки частиною іншої земельної ділянки, або складається з кількох земельних ділянок. Тобто під предметом досліджуваного злочину слід розуміти конкретну земельну ділянку (або кілька земельних ділянок) у тих межах, в яких вона самовільно зайнята і фактично використовується» (с. 67).

Насправді вживання у тексті ст. 197-1 КК України вдалого (на перший погляд) терміну «земельна ділянка» і «прив'язування» цієї ділянки до конкретного власника чи законного володільця, ставить перед правозастосовними органами низку питань, однозначну відповідь на які не може дати теорія ні кримінального, ні земельного права. Цікаво, що жодного показового прикладу із судової практики, який би підтверджував справедливості свого висловлювання, В.М. Захарчук не наводить. Навряд чи можна нехтувати законодавчими ознаками поняття земельної ділянки і писати, що «не має значення, чи є така ділянка цілісною, чи тільки частиною іншої земельної ділянки, або складається з кількох земельних ділянок». Дисертант уникає розгляду дискусійного питання, чи може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 197-1 КК України самовільне зайняття декількох земельних ділянок або їх частин, які належать різним власникам (законним володільцям), за умови, що кожному з них окремо завдано шкоду, недостатню для визнання самовільного зайняття земельної ділянки злочином, але в сукупності розмір цієї шкоди є достатнім для кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 197-1 КК України, а також ігнорує позначену в юридичній літературі проблему визнання потерпілими від розглядуваного злочину власників (орендарів) земельних часток (паїв), відмінних від земельних ділянок. При цьому В.М. Захарчук докладно розкриває ознаки земельної ділянки, що при всій своїй значущості має менш істотне значення для вирішення зловбодених проблем кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки. Фактично ж своїми міркуваннями автор підтверджує, що предметом розглядуваного злочину доцільніше визнавати не конкретну «земельну ділянку», а «землю». З огляду на сказане, у вдосконаленій диспозиції частини 1 ст. 197-1 КК України доречніше вести мову про самовільне зайняття землі, яким завдано значної шкоди. Вказівка на суспільно небезпечні наслідки як умову настання кримінальної відповідальності має залишитися, але без «прив'язування» її до власника чи законного володільця конкретної земельної ділянки.

4. Складно погодитись із пропозицією дисертанта кваліфікувати за ч. 1 ст. 197-1 КК України як самовільне зайняття земельної ділянки її використання після спливу строків користування нею на законних підставах (с. 10, 90–91, 139). Ми з р.О. Мовчаном вважаємо таку поведінку адміністративно караною, і на користь такого підходу, крім всього іншого, вказує усталене останнім часом правило кваліфікації «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується». Зверну увагу і на те, що окремі висловлювання здобувача з позначеної проблеми не відзначаються послідовністю. Так, теза В.М. Захарчука про те, що згадані випадки «цілком охоплюються законодавчим визначенням поняття «самовільне зайняття земельної ділянки» (с. 91), вочевидь, не узгоджується з іншою тезою дисертанта – про «недосконалість чинного законодавства в частині відповідальності за незаконне утримування земельної ділянки, що була надана особі на законних підставах...» (с. 10). На С. 89 дисертації читаємо: «... якщо особа лише не повертає земельну ділянку, в її діях відсутні ознаки складу самовільного зайняття земельної ділянки, адже не здійснюється фактичне використання земельної ділянки і власникові не створюються перешкоди у доступі до неї». Це твердження, як видається, суперечить позиції, раніше висловленій здобувачем, згідно з якою самовільним зайняттям земельної ділянки слід визнавати фактичне заволодіння нею, адже такими діями власнику або законному володільцю земельної ділянки може бути заподіяна істотна шкода (с. 80).

Звичайно, з питання про кваліфікацію незаконного утримування земельних ділянок, коли ці ділянки, раніше передані на законних підставах у короткострокове або довгострокове користування, не повертаються (не своєчасно повертаються) власнику чи законному землекористувачу, можна дискутувати. Те ж саме стосується криміналізації зазначеної бездіяльності. Однак і в цьому випадку дисертант не доводить свою позицію до логічного завершення – до формулювання таких пропозицій *de lege ferenda*, завдяки яким його позиція знайшла б чітке й однозначне закріплення у чинному законодавстві. Із сформульованого В.М. Захарчуком визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки (с. 91–92, 186) випливає, що цим поняттям буде охоплюватись, зокрема, лише таке використання земельної ділянки, яке поєднується із заволодінням нею, здійсненим за відсутності певної правової підстави. Виходить, що випадки утримування земельних ділянок (користування ними), раніше переданих на законних підставах, самовільним зайняттям земельної ділянки не визнаватимуться. Інакше кажучи, визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки, сформульоване в дисертації, виключатиме пропонувану здобувачем кримінально-правову оцінку безпідставного утримування земельних ділянок.

5. Дисертант не погоджується з висловленою у літературі (О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан) пропозицією викласти одну з частин ст. 197-1 КК України у такій редакції: «Ті ж дії, поєднані з будівництвом на самовільно зайнятій земельній ділянці...». Свою незгоду В.М. Захарчук аргументує тим, що «у такому разі відбудеться необґрунтоване звільнення від кримінальної відповідальності усіх тих осіб, які самовільно зайняли земельну ділянку та здійснили її подальшу забудову, не заподіявши такими діями власнику або законному володільцю земельної ділянки матеріальної шкоди в значному розмірі» (с. 106–107).

На мій погляд, навпаки, обґрунтованість криміналізації будівництва на будь-якій самовільно зайнятій земельній ділянці, якщо при цьому не було завдано значної матеріальної шкоди, є досить сумнівною. А те, що «узаконення самовільного будівництва не є надмірно складною і тривалою процедурою», як зазначає здобувач (с. 107), взагалі не є проблемою кримінального права і не повинне братись до уваги при вирішенні питання про криміналізацію тих чи інших діянь. До того ж, зважаючи на суть звільнення від кримінальної відповідальності, яке передбачає наявність у вчиненому особою складу конкретного злочину, у розглядуваній ситуації вести мову саме про «звільнення від кримінальної відповідальності» недоречно.

Пропозиція дисертанта залишити в назві ст. 197-1 КК України вказівку на будівництво (с. 185), а також сформулювати диспозиції ч. 5 і ч. 6 ст. 197-1 КК України таким чином, щоб у них йшлося про будівництво як окремий злочин, не враховує ні зарубіжний та власний історичний досвід протидії порушенням прав на землю, ні розташування досліджуваної заборони у системі Особливої частини КК України. Крім того, за пропонованого в дисертації підходу залишиться наявна на сьогодні проблема співвідношення самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва і кваліфікації будівництва будівель і споруд на самовільно зайнятих земельних ділянках (на практиці скоєне у таких випадках розцінюється або як одиничний ускладнений злочин, або як сукупність злочинів).

6. Предмет дослідження дисертант визначає як кримінально-правову характеристику самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва (с. 9), а мету дисертації – як здійснення такої характеристики (с. 8). У зв'язку з цим постають питання, яке розуміння кримінально-правової характеристики злочину обстоює автор і чи узгоджуються заявлені ним предмет і мета дослідження з темою дисертації. На мій погляд, тема дисертації зобов'язувала В.М. Захарчука розкрити особливості покарання, звільнення від кримінальної відповідальності і застосування спеціальної конфіскації за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво. Тим більше, що цих питань дисертант торкається, що правда, занадто фрагментарно (наприклад, с. 33, 126), а у вітчизняній юридичній літературі (А.А. Вознюк) висловлюється аргументоване положення про співвідношення складу злочину і кримінально-правової характеристики злочину як про співвідношення частини і цілого та охоплення останнім, зокрема, покарання за конкретний злочин.

Відсутність у дисертації аналізу санкцій ст. 197-1 КК України і практики їх застосування, так би мовити, логічно призвела до певної незавершеності дослідження – до відсутності оптимальних, на думку здобувача, санкцій у сформульованій ним редакції цієї статті КК (с. 185). Своєю чергою, це унеможливило оцінку бачення дисертантом того, який же злочин із числа описаних ним є більш суспільно небезпечним – наприклад, будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці (ч. 5) або самовільне зайняття земельної ділянки, вчинене групою осіб за попередньою змовою (ч. 3), чи таке, що заподіяло власнику (законному володільцю) земельної ділянки шкоду в особливо великому розмірі (ч. 4 ст. 197-1 КК України).

7. Робота, на жаль, не позбавлена окремих неточних висловлювань.

Так, потребує уточнення назва розділу 2 дисертації за рахунок вказівки на те, що в ньому аналізуються саме основні склади відповідних злочинів. Інакше з назв розділів 2 і 3 дисертації складається хибне враження, що кваліфікуючі ознаки самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва знаходяться поза межами складів цих злочинів.

На С. 11 дисертації названі всього дві правові підстави, за відсутності яких фактичне використання земельної ділянки свідчить про її самовільне зайняття (відповідне рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування і відповідний правочин), хоч у визначенні самовільного зайняття земельної ділянки, запропонованому в роботі (с. 186), цілком доречно фігурує і третя правова підстава, частково проаналізована здобувачем (інші юридичні факти, що підтверджують наявність права на зайняття земельної ділянки).

Характеризуючи потерпілих від самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва (с. 73–74), В.М. Захарчук відтворює закріплене в ст. 55 КПК України визначення потерпілого від злочину. Як бачимо, дисертант не зважає на ту обставину, що в сучасній правовій доктрині України розрізняють кримінально-правове і кримінально-процесуальне поняття потерпілого і що за логікою речей процесуальна фігура потерпілого є похідною від його матеріально-правового статусу. Саме кримінально-правове поняття потерпілого має бути первинним (базовим) стосовно відповідного кримінально-процесуального поняття, а не навпаки.

Твердження дисертанта про те, що «На монографічному рівні дослідження самовільного захвату землі та самовільного будівництва в радянський період не проводилось» (с. 15), спростовується зверненням до списку

використаних джерел, де під номером 312 знаходимо таку працю: Федоров В.Н. Уголовная ответственность за самовольный захват земли : автореф. дис. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В.Н. Федоров. – Киев, 1986. – 16 с.

Складно погодитись із беззастережним виокремленням такої юридичної ознаки земельної ділянки (предмета злочину), як «розміщення на ній нерухомого майна...» (с. 65). Очевидно, що ця ознака є факультативною, а не обов'язковою.

На С. 131–132 дисертації зазначається: «У разі вчинення особою самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці її умислом має охоплюватись не тільки відсутність необхідних дозволів і погоджень, але і те, що таке будівництво здійснюється саме на земельній ділянці, яку особа самовільно зайняла і на використання якої вона не має жодних прав». У розвиток цієї слушної думки варто додати, що суб'єктом самовільного будівництва може бути і той, хто не вчиняв раніше самовільне зайняття земельної ділянки – місця самовільного будівництва, у зв'язку з чим зміст умислу такого суб'єкта має специфіку: у нього має включатись усвідомлення того, що земельна ділянка є самовільно зайнятою іншою особою.

Дисертант пише, що з прийняттям у 2001 р. чинного КК України самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво були декриміналізовані і розглядались як адміністративні правопорушення (с. 20, 44, 180). Однак відсутність спеціальної кримінально-правової заборони, присвяченої тому чи іншому діянню, не завжди означає його декриміналізацію. Окремі прояви самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва в часи відсутності у КК України ст. 197-1 могли тягнути кримінальну відповідальність на підставі норм про самоправство і службові злочини, про що писали науковці (с. 20, 171 дисертації). За таких обставин точніше вести мову про здійснену у 2001 р. часткову декриміналізацію самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва.

Дисертант пише: «Щодо земельних ділянок, що перебувають у приватній власності, то відповідно до статей 81–82 ЗК України їх продаж може бути здійснений на підставі таких угод: а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; б) прийняття спадщини; в) шляхом викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать суб'єкту на праві приватної власності; г) внесення земельних ділянок засновниками юридичної особи до її статутного фонду; д) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності в Україні та за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна» (с. 84). Не зовсім зрозуміло, яким чином можна продати земельну ділянку, наприклад, шляхом прийняття спадщини або дарування? Мабуть, автор у цьому разі мав на увазі не продаж, а набуття права власності на землю. Крім цього, невиправданим вважаю те, що ні на вказаній, ні на інших сторінках дисертації здобувач не згадав про виділення в натурі (на місцевості) належної громадянам земельної частки (паю) як підставу набуття права власності на земельну ділянку.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ Ю.І. ШИНДЕЛЬ «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження зумовлена тим, що вітчизняне законодавство про відповідальність за службові і прирівняні до них злочини (включаючи його антикорупційну складову) постійно оновлюється, унаслідок чого воно значною мірою стає все більш заплутаним і складним для сприйняття навіть для «вузьких» фахівців. Не викликає сумнівів, що зміни до антикорупційного законодавства мають носити більш виважений та комплексний характер і, по можливості, не бути частими з тим, щоб наукова спільнота і практичні працівники встигали осмислювати законодавчі новели і розробляти виважені рекомендації щодо застосування удосконалених кримінально-правових заборон. Поки що маємо ситуацію «з точністю до навпаки»: за останні кілька років законодавча база, яка закріплює засади кримінально-правової протидії корупційним злочинам, істотно (щоб не сказати – кардинально) змінилась. Однією із серйозних законодавчих новел стало виокремлення в КК України (з урахуванням їх специфічного статусу) такої категорії суб'єктів, як особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання зазначених осіб (ст. 365-2, ст. 368-4 КК України). Ці законодавчі зміни, крім усього іншого, спрямовані на те, щоб об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів злочинів тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки діяльності яких у теоретиків і практиків виникали суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні.

Не дивлячись на перманентний процес оновлення антикорупційного законодавства, залишаються невирішеними чимало питань, на які неодноразово зверталась увага в юридичній літературі. Одним із них є відсутність усталеного та єдиного розуміння поняття «публічні послуги», що не може не ускладнювати застосування ст. 365-2 і ст. 368-4 КК України. У зв'язку з цим потрібно дослідити, яке саме розуміння публічних послуг варто закріпити в КК України в порядку аутентичного тлумачення закону з тим, щоб унеможливити труднощі кваліфікації відповідних злочинів. У законодавчому порядку поки що не внесено ясності з одного з найбільш принципових питань, а саме, чи слід визнавати (з точки зору норм КК України про корупційні злочини, включаючи злочин, передбачений ст. 365-2 КК України) неправомірною вигодою різноманітні немайнові блага, що мають цінність насамперед в очах того, хто їх отримує. Зрозуміло, що така легальна невизначеність вже компенсується і буде компенсуватись надалі суперечливим судовим і науковим тлумаченням кримінального закону.

За вказаних обставин надійним фундаментом для процесу законотворення в частині регламентації кримінальної відповідальності за вчинення злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, можуть і повинні стати напрацювання кримінально-правової науки. Своєчасність звернення до обраної теми зумовлена і тим, що зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, віднесено до злочинів, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, тобто воно може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого (ст. 477 КПК України 2012 р.). Постає питання, чи правильно вчинив наш законодавець, коли за порядком кримінального провадження «прирівняв» злочин, передбачений ст. 365-2 КК України, не до зловживання владою або службовим повноваженням (ст. 364 КК України), а до зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1 КК України).

Наукова новизна дисертації Ю.І. Шиндель полягає в тому, що ця робота є першим монографічним дослідженням кримінально-правової характеристики зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Працюючи над дисертацією, авторка змогла забезпечити оптимальне співвідношення висвітлення фундаментальних кримінально-правових проблем (об'єкт злочину, кримінальна відповідальність організації, суспільно небезпечні наслідки, кримінально-правове розуміння вини та її форм тощо) і прикладних питань тлумачення, застосування та вдосконалення ст. 365-2 КК України.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: необумовленість криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, ратифікацією Україною основних міжнародно-правових актів, що визначають світові стандарти протидії корупційним проявам; шкідливість механічного копіювання положень міжнародно-правових документів, присвячених протидії злочинності, у тому числі корупційній; належність зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, до корупційних злочинів та умисних злочинів із матеріальним складом; спільні і відмінні риси складів злочинів, передбачених, з одного боку, ст. 365-2 КК України, та, з іншого, ст. 202 КК РФ; перспективність і виваженість наукової концепції «об'єкт злочину – правовідносини»; схожість об'єктивних і суб'єктивних ознак складів злочинів як фактичний чинник включення норм про кримінальну відповідальність за злочини у сфері професійної

¹ Захист відбувся 29 травня 2014 р. у Харківському національному університеті внутрішніх справ.

діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, до розділу XVII Особливої частини КК України; доречність обмежувального тлумачення термінологічного звороту «зловживання повноваженнями» при застосуванні ст. 365-2 КК України; наявність у складі злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, низки додаткових об'єктів – як обов'язкових, так і факультативних; необхідність для кваліфікації за ст. 365-2 КК України встановлення характеру та обсягу повноважень суб'єктів злочину, передбаченого цією статтею КК, і визначення їх компетенції шляхом звернення до відповідних нормативних актів; невинуватість вказівки в назві ст. 365-2 КК України на множинність осіб, які надають публічні послуги; можливість інкримінування керівнику аудиторської фірми як ст. 365-2, так і ст. 364-1 і ч. 3 ст. 368-3 КК України; визнання суб'єктом злочину, караного за ст. 365-2 КК України, адвоката під час надання ним безоплатної правової допомоги; доцільність уточнення відповідного законодавчого застереження шляхом заміни звороту «яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування...» словосполученням «яка не є службовою...»; матеріально-правовий характер правила «усі сумніви – на користь особи»; можливість, а не обов'язковість вчинення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, з корисливих спонукань.

Дисертант має рацію, коли вказує на помилковість віднесення арбітражного керуючого до категорії осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. На арбітражного керуючого на різних стадіях провадження в справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з точки зору кримінально-правового поняття службової особи визнаються організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими. До набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», який змінив кримінально-правовий статус арбітражного керуючого, пануючою в юридичній літературі (див.: Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика. Навч. посібник. – К., 2006. – С. 190–193; Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2007. – С. 122–123; Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К., 2003. – С. 642–644; Коваль А. А оно все-таки лицо служебное... О возможности признания арбитражного управляющего служебным лицом // Юридическая практика. – 10 апреля 2007 г. – 15; Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. – Львів, 2008. – С. 230–239) була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням. Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду. Не дивлячись на те, що арбітражний керуючий на обіймає на підприємстві посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і фактично є фізичною особою – підприємцем, діяльність якого підлягає ліцензуванню, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду. У цьому разі господарський суд вважався повноважним органом у розумінні роз'яснення, яке наводилось у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

За таких обставин думка дисертанта виключити арбітражного керуючого з кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 365-2 КК України, і визнавати його суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364 і ст. 364-1 КК України (залежно від того, до яких юридичних осіб – публічного або приватного права – належить підприємство-боржник) загалом заслуговує на схвалення. Водночас хотів би звернути увагу на те, що використаний у ст. 364-1 КК України зворот «службова особа юридичної особи приватного права» не повною мірою узгоджується з визначенням поняття службової особи, закріпленого в ч. 3 ст. 18 КК України, адже навряд чи охоплює осіб, які, не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням. Сказане, на мою думку, стосується й арбітражного керуючого, який згідно з чинним законодавством на певному етапі провадження у справі про банкрутство лише прирівнюється до службової особи підприємства-боржника.

Зауваження.

1. Одне з положень, які становлять наукову новизну і виносяться на захист, дисертант формулює таким чином: обґрунтовано, що без належного нормативного визначення поняття «публічні послуги» та формулювання його змісту, видів і кола суб'єктів, з якими вони пов'язуються, належне здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, не може виступати ні видовим, ні безпосереднім об'єктом злочину (с. 9–10). Це сумнівне положення зустрічається і на інших сторінках роботи (зокрема, с. 85, 87, 123–124). Те, що КК України містить невичерпний перелік осіб, які, на думку законодавця, здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а в юридичній науці та науці державного управління відсутнє однозначне й усталене розуміння публічних послуг, у жодному разі не означає відсутності правовідносин, пов'язаних із здійсненням вказаної діяльності, і, відповідно, не може перешкодити визнанню цих правовідносин об'єктом злочинів, передбачених ст. 365-2 і ст. 368-4 КК України. Об'єктивне існування зазначених правовідносин, крім

всього іншого, впливає з тексту дисертації (с. 99–107), в якій викладаються та аналізуються законодавчі акти, присвячені регламентації діяльності осіб, віднесених до суб'єктів злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України.

Слід враховувати і ту обставину, що безпосередній об'єкт злочину є теоретичним поняттям, таким собі прихованим елементом складу злочину, який, за загальним правилом, встановлюється шляхом тлумачення кримінального закону. У цьому сенсі є підстави говорити про складність безпосереднього об'єкта для сприйняття, його залежність від інших ознак складу злочину. Сказане, як видається, стосується і видового об'єкта. Якщо ж сприйняти логіку дисертанта, то, наприклад, відсутність у кримінальному і регулятивному законодавстві визначення належного здійснення своєї діяльності службовими особами унеможливорює визнання правовідносин, пов'язаних із здійсненням такої діяльності, складовою родового об'єкта злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України. Погодитись із цим складно.

Зверну увагу і на непослідовність міркувань здобувача із розглядуваного питання. Твердження Юлії Ігорівни про відсутність правовідносин, які забезпечують здійснення регламентованої законодавством професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, як результат відсутності закону, що регулює і визначає суть публічних послуг, не узгоджується з неодноразово повторюваною тезою здобувача про визнання саме цих правовідносин видовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України (с. 10, 73, 110–111, 122, 179).

2. На С. 123 дисертації робиться висновок про необхідність виокремлення з розділу XVII Особливої частини КК України норм про злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, у самостійний розділ КК з відповідною назвою, або про віднесення таких посягань до злочинів у сфері господарської діяльності шляхом включення до розділу VII Особливої частини КК України норм про злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях. Зауважу, що викладена пропозиція і покладена в її основу теза про єдність у цьому разі родового об'єкта у дисертації належним чином не аргументуються. До того ж здобувач послідовно обстоює точку зору, згідно з якою публічні послуги не слід пов'язувати з господарською діяльністю. Крім цього, мабуть, логічніше кримінальну відповідальність професіоналів, які надають публічні послуги, уніфікувати з кримінальною відповідальністю «публічних» службових осіб, а не службових осіб юридичних осіб приватного права.

Можна лише здогадуватись про те, що аналізована пропозиція дисертанта зумовлена механічним (некритичним) копіюванням як власного історичного досвіду (згідно із Законом України від 11 червня 2009 р. «Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» норми про відповідальність осіб, які надають публічні послуги, розміщувались у розділі Особливої частини КК України, присвяченому злочинам у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права), так і досвіду російського законодавця. При цьому авторка не з'ясовує, чи потрібна в сучасних умовах диференціація кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і приватній сферах. Показово, що чимало російських дослідників називають помилковим рішення свого законодавця виокремити в КК РФ дві самостійні глави «Злочини проти інтересів служби в комерційних та інших організаціях» (глава 23, включена до Розділу VIII «Злочини у сфері економіки») і «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби і служби в органах місцевого самоврядування» (глава 30) і висловлюються за повернення до уніфікованої кримінально-правової оцінки та покарання службових зловживань різних управлінців.

Якщо мова вже зайшла про запозичення зарубіжного досвіду, варто зазначити, що, присвятивши окремий підрозділ своєї роботи аналізу низки КК інших країн (підрозділ 1.3), дисертант чітко не показала, яким чином можна використати отриманий досвід при вдосконаленні національного кримінального законодавства в досліджуваній сфері. Створюється враження, що проведений аналіз носить самодостатній, виключно інформаційний характер.

3. Ознаками публічних послуг дисертант визнає, зокрема, те, що вони надаються безоплатно чи в межах цін, визначених державою, і за рахунок публічних коштів – коштів Державного бюджету або місцевих бюджетів (с. 10, 84, 87, 123, 180). На мій погляд, за відсутності легального визначення поняття «публічні послуги», а також за відсутності однакового підходу щодо розуміння цього поняття в доктрині кримінально-правове поняття «публічні послуги» варто формулювати з урахуванням переліку тих осіб, які названі в ст. 365-2 і ст. 368-4 КК як такі, хто надає відповідні послуги. Запропоновані ж здобувачем ознаки публічних послуг безпідставно не дозволятимуть визнавати суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365-2 і ч. 3 ст. 368-4 КК, наприклад, приватних нотаріусів, які за вчинення нотаріальних дій справляють плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом і фізичною або юридичною особою, а також інших осіб, які прямо зазначені в тексті кримінального закону, однак надають публічні послуги за рахунок коштів фізичних або юридичних осіб.

4. Вирішуючи проблему кваліфікації неправомірної поведінки окремих категорій службових осіб щодо посвідчення заповітів і довіреностей, проведення експертизи і розв'язання колективних трудових спорів, дисертант висловлюється за інкримінування таким службовим особам ст. 365-2 КК України на тій підставі, що

в таких ситуаціях здійснюється професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг (с. 11, 147–153). Я дотримуюсь іншої точки зору і, як П.П. Андрушко та інші дослідники, вважаю, що особи, які надають публічні послуги не на професійній основі, а у зв'язку з покладенням на них законом обов'язків вчиняти певні дії, які змістовно мають ознаки публічних послуг, не повинні визнаватись суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365-2 і ч. 3 ст. 368-4 КК України. Так, у літературі обґрунтовується положення про те, що відмінних від нотаріуса осіб, уповноважених на вчинення окремих нотаріальних дій, не слід відносити до осіб, які надають публічні послуги (див.: Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 6).

Звичайно, з питання про кримінально-правову оцінку протиправної поведінки зазначених службових осіб можна дискутувати і далі. Вимушений, однак, констатувати, що авторська редакція ст. 365-2 КК, сформульована у дисертації, ґрунт для цієї дискусії не усуває. Суб'єкта злочинного зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, здобувач пропонує позначити як особу, яка не є службовою, але здійснює професійну аудиторську, нотаріальну, оціночну, експертну або іншу діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (с. 182). Висловлю думку, що таке формулювання виключатиме (всупереч науковій позиції здобувача) інкримінування ст. 365-2 КК України службовим особам, уповноваженим законом на вчинення певних дій, які змістовно збігаються з публічними послугами. Так, хіба є підстави уповноважених на вчинення окремих нотаріальних дій посадових осіб органів місцевого самоврядування, консульських установ України, головних лікарів, їх заступників з медичної частини, начальників госпіталів, директорів або головних лікарів будинків для осіб похилого віку та інвалідів, командирів (начальників) військових частин, начальників установ виконання покарань визнавати особами, які здійснюють саме професійну нотаріальну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг? Мабуть, ні. До того ж вказані особи є службовими, а пропонуване дисертантом застереження «яка не є службовою» якраз і покликане виключати інкримінування статті КК про зловживання особою, яка надає публічні послуги, службовим особам. У контексті визначення кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 365-2 КК України, дисертанту варто було висвітлити співвідношення публічних послуг і функцій, які характеризують кримінально-правове поняття службової особи, а також розглянути питання про можливість віднесення лікаря та викладача до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

5. Вважаю, що тема дисертації зобов'язувала здобувача розглянути питання про можливість вчинення замаху на вчинення злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, розкрити специфіку повторності як форми множинності при вчиненні цього злочину, з'ясувати доцільність встановлення кримінальної відповідальності за перевищення повноважень особами, які надають публічні послуги, визначитись щодо визнання (або невизнання) неправомірною вигодою немайнових благ. Постає також питання, яке розуміння кримінально-правової характеристики злочину обстоює авторка, адже в літературі висловлюється аргументоване, як на мене, положення про співвідношення складу злочину і кримінально-правової характеристики злочину як про співвідношення частини і цілого та охоплення останнім покарання за конкретний злочин (див.: Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 154–160).

6. Текст дисертації не позбавлений неточних або некоректних висловлювань. Так, вважаю невдалим використаний у назві підрозділу 1.1 зворот «принципи криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». З огляду на те, що принципи криміналізації є розробленими доктриною універсальними правилами, яким, так би мовити, в ідеалі має підкорятись діяльність законодавця із встановлення будь-яких кримінально-правових заборон, правильніше вести мову про врахування принципів криміналізації при запровадженні кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Серед принципів криміналізації авторка (услід за Н.О. Лопашенко) першим називає принцип достатньої суспільної небезпеки, а далі зазначає, що підставою криміналізації більшість дослідників визнає наявність достатньої суспільної небезпечності діяння, яке потребує самостійної кримінально-правової заборони (с. 18). Одночасне визнання суспільної небезпеки діяння і підставою, і принципом криміналізації не може бути визнане правильним з точки зору вчення про криміналізацію. Особисто мені імпонує підхід тих науковців, які підставою криміналізації визнають зумовлену змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжню потребу в тій чи іншій кримінально-правовій новелі.

На С. 152 дисертації авторка веде мову про співвідношення ст. 365-2 і ст. 364 КК України як про співвідношення спеціальної і загальної норми. Таке твердження є неточним. Як відомо, спеціальна кримінально-правова норма містить всі ознаки, що і загальна норма, однак у спеціальній нормі деталізуються певні ознаки складу злочину порівняно із нормою загальною. Між тим, ст. 364 і ст. 365-2 КК вказують на принципово різні суб'єкти злочинів, а тому не можуть співвідноситися між собою як загальна та спеціальна норми.

Із посиланням на Інструкцію про проведення судово-медичної експертизи дисертант стверджує, що експерт бюро судово-медичної експертизи є за змістом ч. 1 примітки ст. 364 КК України службовою особою (с. 152). Насправді питання про визнання експерта (у тому числі судово-медичного) службовою особою до набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» належало і належить до числа гостро дискусійних. Нагадаю, що окремі науковці (наприклад, О.Я. Светлов, В.О. Глушков) визнавали експерта службовою особою – у певних ситуаціях або завжди. Найбільш повно і переконливо у вітчизняній кримінально-правовій літературі обґрунтував положення про безпідставність визнання експертів службовими особами В.О. Навроцький (див.: Навроцький В.О. Чи є експерт службовою особою? // Життя і право. – Пробний номер. – С. 19–21).

Дисертант традиційно для вітчизняної юридичної літератури зазначає, що психічне ставлення до суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, може бути умисним або необережним (с. 164, 167, 169, 176, 181). Між тим, визначаючи умисел та необережність (ст. 24 і ст. 25 КК України, відповідно), наш законодавець виходить з одночасного (а точніше єдиного) психічного ставлення особи до діяння та його суспільно небезпечних наслідків. Справедливим є висловлювання В.М. Кудрявцева про те, що психічне ставлення особи до окремих об'єктивних ознак складу злочину не слід називати «умислом» або «необережністю», оскільки закон використовує ці поняття лише для узагальненої характеристики злочину у цілому (див.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд, перераб и доп. – М., 1999. – С. 152). Тому щодо суспільно небезпечних наслідків зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, скоріш за все (коректніше), треба говорити не про умисел або необережність, а про знання чи усвідомлення. Використання понять умислу і необережності у цьому разі є доволі умовним.

Занадто категоричним вважаю твердження здобувача про те, що передбачені у диспозиції ст. 365-2 КК України особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, не зазначаються в жодному із розглянутих у дисертації міжнародно-правових актах як суб'єкти корупційних правопорушень (с. 65, 178). Адже ознаками арбітра, про якого йдеться в Додатковому протоколі до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, фактично наділені такі особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, як член трудового арбітражу і третейський суддя.

Розкриваючи поняття «неправомірна вигода», здобувач вказує на те, що ця вигода обіцяється, пропонується, надається або одержується безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову (с. 173–175). При цьому не враховується та обставина, що в дефініцію поняття неправомірної вигоди були внесені зміни на підставі Закону України 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією».

Серед дослідників обраної проблематики Є.О. Письменський згадується (с. 5), а Г.М. Зеленов – ні, хоча саме у співавторстві з Г.М. Зеленовим я написав у підручнику, на який посилається дисертант (Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. – Луганськ: «Елтон-2», 2012. – 704 с.), главу 19 «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Все ж треба відрізнити наукових редакторів підручника від його авторського колективу. Крім того, коли Юлія Ігорівна посилається на наш підручник, вона зазначає лише прізвище О.О. Дудорова, не згадуючи мого співавтора.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.В. ГРИЩЕНКА «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОБОЇВ І МОРДУВАННЯ (СТ. 126 КК УКРАЇНИ)»¹

У зв'язку з відсутністю внаслідок ухвалення КК України 2001 р. кардинальних змін у законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за злочини проти здоров'я людини дискусії у вітчизняній юридичній літературі з приводу ознак цих складів злочинів та їх караності ведуться не досить активно (щоб не сказати – мляво). Як слушно зазначає сам здобувач, досліджувана ним тема втратила свою актуальність, однак пов'язане це не з вирішенням проблеми, а, скоріш навпаки, – з відчуженістю науковців від неї. Побої і мордування так і не стали предметом монографічних досліджень сучасних теоретиків кримінального права (с. 61). При цьому вказаний злочин має істотні специфічні ознаки порівняно з іншими кримінально караними посяганнями на людину, чимало аспектів його кримінально-правової характеристики є дискусійними (формальна чи матеріальна конструкція складу злочину, передбаченого ст. 126 КК України, зміст оціночного поняття «мордування», відмежування мордування від катування тощо), а думки теоретиків і практиків щодо перспектив аналізованої в дисертації заборони не відзначаються однастайністю.

Применшення значущості цієї кримінально-правової проблематики, недооцінку суспільної небезпеки побоїв і мордування певною мірою можна зрозуміти (у тому числі через поширеність і буденність різних проявів насильства в сьогодиньшому суспільстві, включаючи сімейно-побутову сферу), але в жодному разі не виправдати. Адже кримінальне право не може ігнорувати ту вихідну обставину, що відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Одним із пріоритетних завдань для кожної цивілізованої держави у сфері кримінально-правової охорони прав і свобод людини і громадянина має бути захист життя, здоров'я і тілесної недоторканості. Як зазначається в літературі, фізичний біль обтяжує і руйнує людське життя, виснажує людину душевно і фізично, робить її пригніченою, знижує фізичні здібності і силу людини, негативно впливає, зокрема, на нормальну діяльність серцево-судинної системи, легенів та органів внутрішньої секреції. Однак проблеми зі здоров'ям пов'язані із заподіянням людині не лише фізичних і майнових втрат, а і душевних страждань, відволікають від продуктивної праці, сім'ї, занять фізкультурою, ускладнюють повноцінне спілкування тощо.

Наукова новизна дисертації О.В. Грищенка полягає в тому, що ця робота є першим після набрання чинності КК України 2001 р. монографічним дослідженням кримінально-правової характеристики побоїв і мордування. Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: доцільність уточнення назви ст. 126 КК України; доповнення ст. 126 КК України такою новою кваліфікуючою ознакою, як вчинення злочину, передбаченого цією статтею, батьком, матір'ю, вітчимом, мачухою, опікуном чи піклувальником, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, а також особою щодо своїх батьків, опікунів, піклувальників та осіб, на яких покладено обов'язки щодо їх піклування; честь і гідність людини як додатковий безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 126 КК України; доцільність зниження віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за кваліфіковані види злочину, передбаченого ст. 126 КК України, до 14 років; неправильність отождолення таких понять, як особа і людина; співвідношення понять «тілесні ушкодження» і «шкода здоров'ю людини» і наявність побоїв у випадку двох і більше ударів; дуалізм кримінально-правового поняття «діяння»; можливість вчинення злочину, передбаченого ст. 126 КК України, шляхом так званого опосередкованого виконання та використання тварин; можливість здійснення психічного насильства як інформаційними, так і неінформаційними засобами; кваліфікацію вчиненого як замаху на злочин, передбачений ст. 126 КК України, якщо потерпілий від цього злочину страждає на рідкісне захворювання – аналгію (відсутність больової чутливості); доцільність уточнення диспозиції ч. 1 ст. 126 КК України за рахунок альтернативної вказівки на можливість завдання фізичного болю; високий рівень латентності домашнього насильства; нетотожність понять «суб'єкт злочину» та «особа злочинця»; юридичний, а не медичний характер поняття «мордування»; наявність групи осіб як кваліфікуючої ознаки досліджуваного злочину і в тому разі, коли лише її один учасник вчиняє певні насильницькі дії; необхідність відрізняти злочинні дії, вчинені з хуліганських спонукань, від злочинних дій, вчинюваних з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості; кваліфікацію вчиненого лише за наслідками, якщо удари і побої спричинили потерпілому тілесні ушкодження відповідної тяжкості; суттєві труднощі розмежування складів злочинів, передбачених чинними редакціями ст. 126 і ст. 127 КК України; інкримінування не ст. 126, а ст. 296 КК України у випадку вчинення особою побоїв з хуліганських мотивів або хуліганських дій з використанням побоїв; доцільність включення до КК України так званого термінологічного розділу.

Зауваження.

1. Дискусійним або принаймні неточно сформульованим вважаю твердження дисертанта про те, що під «іншими насильницькими діями», караними за ст. 126 КК України, слід розуміти не тільки фізичне, а і психічне

¹ Захист відбувся 3 червня 2014 р. у Науково-дослідному інституті вивчення проблем злочинності ім. академіка В.В. Сташиса НАПрН України.

насильство (с. 7, 119, 162). Все ж у чинній редакції цієї статті КК однозначно вказано на те, що вчинення насильницьких дій має завдавати фізичного болю. Звичайно, різні прояви психічного насильства, здійснюваного за допомогою інформаційних та неінформаційних засобів, здатні чинити на здоров'я людини шкідливий вплив (можуть викликати неврози, інфаркти тощо), але далеко не завжди вони завдають фізичного болю, як цього для наявності відповідного складу злочину вимагає кримінальний закон. До речі, сам дисертант, порівнюючи формулювання КК 1960 р. і КК 2001 р., констатує, що характерна для досліджуваного ним злочину шкода здоров'ю людини заподіюється винуватим саме через фізичний біль шляхом завдання ударів, побоїв, інших насильницьких дій (с. 28).

Здобувач (с. 78–80) справедливо звертає увагу на цікаву і вельми злободенну проблему кримінально-правового реагування на ті прояви психічного насильства, які на сьогодні не криміналізовані, не поєднуються із злочинними актами фізичного насильства, але спроможні завдати серйозної шкоди здоров'ю людини (різноманітні «жарти», наприклад, повідомлення про смерть близької особи, «телефонний тероризм», звукова агресія тощо). Однак відповідні міркування дисертанта носять незавершений характер, адже запропонована ним редакція аналізованої кримінально-правової заборони з її традиційною «прив'язкою» до фізичного болю (хай і факультативного) навряд чи може визнаватись задовільним розв'язанням позначеної проблеми.

2. З'ясовуючи зміст поняття здоров'я людини, дисертант піддає критиці висловлені в літературі точки зору за те, що вони страждають на односторонність, зумовлену фізично-психічною характеристикою людини, і не враховують її соціальної суті (с. 62). Здобувачу імпонує підхід, згідно з яким для цілей кримінального права здоров'я визначається як «наявний якісний стан організму людини до вчинення щодо нього злочину, який характеризується певним рівнем фізичного, психічного і соціального благополуччя, що дозволяє повноцінно брати участь в суспільних відносинах (користуватися благами життя)» (с. 62).

Поняття «здоров'я людини» є багатоаспектним, що і пояснює існування багатьох його дефініцій. Разом з тим, визначаючи здоров'я людини як об'єкт відповідних злочинів, у тому числі передбаченого ст. 126 КК України, слід виходити з того, що охоплення таким визначенням, зокрема, певного рівня соціального благополуччя призводить до занадто широкого розуміння здоров'я людини, яке, хоч і має право на існування, вочевидь, є неприйнятним для розкриття особливостей кримінальної відповідальності за вказані злочини. Більш доречним для кримінально-правових потреб й особливо в межах розділу II Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи» вважаю підхід, згідно з яким при визначенні поняття здоров'я потрібно зосереджуватися на певних медичних ознаках, на самопочутті людини, а не на соціальних факторах благополуччя. «Здоров'я – це особливий, відносно стабільний стан задовільного самопочуття людини, який характеризується відсутністю фізичного болю, травм, порушень діяльності окремих органів або їх систем, інших проявів хвороб, психічних або інших розладів, що можуть порушити її життєдіяльність, фізіологічні функції або зменшити працездатність» (див.: Антонов С. В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2006. – С. 45). На мій погляд, об'єкт дисертаційного дослідження О.В. Грищенка (с. 5) мав визначатись з використанням поняття здоров'я людини.

З огляду на дискусійність і багатогранність поняття «здоров'я людини», викликає заперечення твердження дисертанта про те, що медико-юридичний зміст термінів «здоров'я» і «шкода здоров'ю» «повинен бути чітко прописаний в законі про кримінальну відповідальність» (с. 62). Кримінальний закон має визначати ознаки відповідних складів злочинів, а не закріплювати завідомо неоднозначні теоретичні поняття.

3. Аналізуючи об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 126 КК України, дисертант не визнав за потрібне розглянути це питання під кутом обставин, що виключають злочинність діяння, і передусім згоди «потерпілого». При цьому в КК України відсутні чіткі підходи щодо кримінально-правової оцінки посягань на здоров'я особи з її згоди. Певною мірою така законодавча невизначеність компенсується віднесенням умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження без обтяжуючих обставин, умисного легкого тілесного ушкодження, а так само умисного завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій без обтяжуючих обставин до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (ст. 477 КПК України). Хотілося, щоб під час захисту висловив своє ставлення до зазначеної кримінально-правової проблеми.

4. Як і в чинній редакції ст. 126 КК України, так і в редакції цієї статті, запропонованій О.В. Грищенком, як про одну з кваліфікуючих ознак говориться про вчинення злочину групою осіб. Між тим, як встановив дисертант (наприклад, с. 107) на практиці трапляються випадки умисного вчинення насильницьких дій, які не спричинили тілесних ушкоджень, за попередньою змовою групою осіб. До того ж умисел на вчинення злочину, передбаченого ст. 126 КК України, може бути і заздалегідь обдуманим (с. 109, 111–112). Здобувач, як це впливає з тексту його роботи (с. 131), проблеми тут не вбачає, погоджуючись з висловленою у літературі точкою зору, згідно з якою як вчинення побоїв і мордування групою осіб можна розглядати і діяння, вчинене за попередньою змовою групою осіб.

На мою думку, проблема все ж існує і потребує розв'язання. Адже коли ми говоримо про форми співучасті, перераховані в ст. 28 КК, слід звертати увагу на взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою. Ч. 1 ст. 28 КК передбачає відсутність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб», а ч. 2 ст. 28 КК, навпаки, передбачає наявність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою». Інакше кажучи, якщо буквально, а не поширювально тлумачити кримінальний закон, слід робити висновок про те, що стосовно таких форм співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою, не спрацьовує відомий доктрині принцип «матрьошки», відповідно до якого менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної форми співучасті. Отже, якщо ч. 2 ст. 126 КК встановлюватиме посилену відповідальність за умисні насильницькі дії, які не спричинили тілесних ушкоджень, вчинені саме і тільки групою осіб (а не групою осіб за попередньою змовою), то вказані дії, вчинені групою осіб за попередньою змовою, не зможуть бути кваліфіковані за ч. 2 ст. 126 КК України. Проте кваліфікація зазначених дій за ч. 1 цієї статті навряд чи буде адекватною суспільній небезпеці скоєного в аналізованій ситуації.

Проблему, звичайно, можна вирішити або фрагментарно (стосовно конкретного складу злочину), або системно – на рівні всієї Особливої частини кримінального закону, наприклад, шляхом доповнення ст. 28 КК України положенням про те, що під злочинном, вчиненим групою осіб, слід розуміти злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини КК (див.: Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4, 8, 13, 14).

Якщо мова вже зайшла про позначення дисертантом кваліфікуючої ознаки досліджуваного злочину, пов'язаної з формами співучасті, варто відзначити і те, що таке позначення могло бути і більш чітким. З приводу формулювання «Ті самі діяння, що мають характер мордування, вчинені групою осіб...» (а це формулювання фігурує і в чинній редакції ст. 126 КК України, і в редакції цієї статті, запропонованій дисертантом) М.І. Хавронюк свого часу справедливо зазначив таке. Внаслідок застосування у цьому разі коми замість розділового сполучника з ч. 2 ст. 126 КК неясно, що саме є кваліфікуючою ознакою: «Ті самі діяння, що мають характер мордування, вчинені групою осіб» або «Ті самі діяння, що мають характер мордування» і «Ті самі діяння, що вчинені групою осіб» (див.: Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К., 2004. – С. 129).

5. Невдалою є назва розділу 2 дисертації. Адже вона фактично дублює назву усієї роботи при тому, що в цьому розділі аналізується (не більше і не менше) основний склад злочину, передбаченого ст. 126 КК України. Крім цього, використання в назві і змісті дисертації термінологічного звороту «кримінально-правова характеристика побоїв і мордування», порівняння цих назви і змісту неминує ставити питання про те, яке ж розуміння кримінально-правової характеристики злочину обстоє здобувач. Так, у літературі до елементів кримінально-правової характеристики злочину, крім його складу та особи злочинця (ці елементи злочину, передбаченого ст. 126 КК України, знайшли докладне висвітлення в роботі О.В. Грищенка), запропоновано відносити також соціальну зумовленість установаження та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів, суспільну небезпечність певного виду злочинів як їх матеріальний субстрат, протиправність діяння та її місце в системі нормативного визначення заборони відповідного виду суспільно небезпечної поведінки (див.: Борисов В., Пащенко О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 180–190). Зустрічається в доктрині й аргументоване положення про співвідношення складу злочину і кримінально-правової характеристики злочину як про співвідношення частини і цілого та охоплення останнім у тому числі покарання за конкретний злочин. Водночас такі наявні у дисертації здобувача складові, як історія становлення та розвитку кримінальної відповідальності за злочин певного виду, відповідний зарубіжний досвід та питання відмежування від суміжних правопорушень, винесено за межі кримінально-правової характеристики злочину (див.: Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 154–160). Оскільки дисертант активно послуговувався цим кримінально-правовим поняттям, йому варто було визначити свою позицію стосовно змістовного наповнення цього поняття.

6. Текст дисертації не позбавлений окремих неточних, непослідовних або некоректних висловлювань. Зокрема, думка дисертанта про те, що на рівні постанови Пленуму Верховного Суду України необхідно дати рекомендації щодо кваліфікації побоїв та мордування (с. 155–156, 159), не бере до уваги ту обставину, що з урахуванням законодавчих змін про судоустрій рекомендаційні роз'яснення з питань застосування кримінального законодавства наразі має давати Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а не Верховний Суд України.

Наскільки виправдано критикувати законодавця, закидаючи йому те, що він «воліє обмежитися лише констатацією факту вчинення діянь, передбачених ст. 126 КК України, замовчуючи про ступінь їх шкідливості для

здоров'я людини... Мова закону повинна бути чіткою, ясною і однозначною» (с. 64 – 65), якщо в цій частині сформульована у дисертації редакція ст. 126 КК України не відрізняється від чинної редакції вказаної статті КК?

На думку дисертанта, у випадках, коли винуватий вчиняє умисне завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій у стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого, він повинен звільнитися від кримінальної відповідальності через наявність такого стану (с. 111, 122, 123, 153). Системне тлумачення кримінального закону (ст. ст. 121–126 КК України) наводить на думку про відсутність у цьому разі складу злочину. Відповідно, зважаючи на суть звільнення від кримінальної відповідальності, яке передбачає наявність у вчиненому особою складу конкретного злочину, у розглядуваній ситуації вести мову саме про «звільнення від кримінальної відповідальності» недоречно.

Твердження дисертанта про те, що предметом доказування в кримінальному провадженні не повинно бути встановлення того, чи відчув потерпілий фізичний біль під час мордування, оскільки в цьому випадку необхідно виходити з загальних особливостей людського організму (с. 129), не узгоджується з іншим висловлюванням здобувача – про кваліфікацію вчиненого як замаху на злочин, передбачений ст. 126 КК України, якщо потерпілий від цього злочину страждає на рідкісне захворювання – аналгію, тобто відсутність больової чутливості (с. 83).

Не відзначаються послідовністю міркування автора про вид умислу як ознаки суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 126 КК України (с. 106, 113, 122–123).

Висловлювання дисертанта про те, що на сьогодні «у вітчизняному кримінальному законі не передбачено відповідальності за умисне доведення людини до безпорадного стану» (с. 81) потребує уточнення, оскільки, наприклад, вчинення такого діяння з метою зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом за спрямованістю умислу має розглядатись як замах на злочин, передбачений ст. 152 або ст. 153 КК України, а отже, тягнути кримінальну відповідальність.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.В.ЧУС «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕЗАКОННОГО ПРИВЛАСНЕННЯ ОСОБОЮ ЗНАЙДЕНОГО АБО ЧУЖОГО МАЙНА, ЩО ВИПАДКОВО ОПИНИЛОСЯ У НЕЇ»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження передусім зумовлена відсутність такого, що ґрунтується на положеннях чинного КК України, монографічного дослідження кримінально-правової характеристики незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, при тому, що чимало аспектів цієї характеристики належить у вітчизняній кримінально-правовій науці до числа дискусійних. Маю на увазі, зокрема: соціальну обумовленість криміналізації діяння, передбаченого ст. 193 КК України; зміст поняття «привласнення» і такої оціночної ознаки, як особлива історична, наукова, художня чи культурна цінність майна; специфіку юридичної і фактичної помилки при вчиненні зазначеного злочину; відмежування незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, від суміжних складів злочинів, передбачених ст. 185 «Крадіжка», ст. 190 «Шахрайство» і ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем» КК України. Потребує теоретичного пояснення неефективність досліджуваної кримінально-правової заборони, належність останньої до так званих мертвих норм кримінального закону. Оскільки в історії вітчизняного законодавства ставлення до караності незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, неодноразово і серйозно змінювалось, визначення перспектив цієї кримінально-правової заборони також стоїть на порядку денному й особливо в контексті можливого запровадження інституту кримінальних проступків. Своєрідність теми дисертації О.В. Чус зумовлена фактичним поєднанням у ній двох різних кримінально-правових проблематик – кримінально-правової охорони власності і кримінально-правової охорони культурної спадщини.

Наукова новизна дисертації О.В. Чус полягає в тому, що ця робота є першим після набрання чинності КК України 2001 р. монографічним дослідженням кримінально-правової характеристики незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: виділення кількох етапів в історії розвитку законодавства про відповідальність за привласнення знайденого або такого, що випадково опинилось у винного, чужого майна або скарбу; виділення конституційного, цивільного, господарського, кримінально-правового та інших аспектів власності і перспективність інтегрованого (економіко-правового) погляду на власність; матеріальну конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 193 КК України; визнання предметом аналізованого злочину лише того скарбу, який становить історичну, наукову, художню чи культурну цінність; інкримінування не ст. 193, а ст. 185 або ст. 190 КК України у випадках, коли особа сприяла виходу відповідного майна з фактичного володіння власника (законного володільця) з метою наступного його привласнення; визнання знайденим такого майна, яке характеризують три ознаки: 1) воно має вийти із володіння власника або законного володільця; 2) втрачене майно перебуває в бездоглядному стані; 3) воно було виявлено особою випадково або внаслідок цілеспрямованого пошуку; віднесення до ознак майна, що випадково опинилося в особи, трьох обставин: 1) майно має вийти із володіння власника або законного володільця; 2) серед причин, що привели до виходу майна із володіння власника, не може бути цілеспрямованих дій особи; 3) за випадкового збігу обставин майно опиняється у фактичному володінні особи; неможливість вчинення досліджуваного злочину шляхом бездіяльності; виваженість законодавчої позиції, згідно з якою суб'єктом незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, визнається особа, якій виповнилось 16 років; безпідставність віднесення суб'єкта злочину, передбаченого ст. 193 КК України, до числа спеціальних; доречність використання концепції «випадкового злочинця» при розкритті кримінально-правової характеристики незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї; «прямоумисний» характер злочину, передбаченого ст. 193 КК України, і неправильність інкримінування цієї кримінально-правової норми у випадку, коли особа через низький рівень освіти, звичайний вигляд знайденої речі тощо не усвідомлює, що знайдений нею скарб або інше майно має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність; доцільність відмови від такого виду покарання, як арешт, при побудові удосконаленої санкції в забороні, присвяченій незаконному привласненню особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї.

Викликає неабиякий інтерес запропонована дисертантом оригінальна система обставин, які зумовлюють криміналізацію незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, та яка включає в себе: 1) соціально-економічні обставини: а) власність як основу економічного розвитку суспільства; б) особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність чужого майна; 2) історично-правові обставини: а) історичний вітчизняний та б) зарубіжний досвід боротьби з аналогічними чи спорідненими

¹ Захист відбувся 27 квітня 2015 р. у Класичному приватному університеті.

посяганнями на чужу власність; в) міжнародно-правові стандарти охорони історичної, наукової, художньої, культурної спадщини та скарбів; 3) кримінально-правові обставини: а) суспільну небезпеку діяння; б) відносну поширеність діяння; в) негативну динаміку зростання діяння; 4) соціально-психологічні обставини: а) неприйняття збагачення за рахунок чужого майна; б) схвалення на побутовому рівні протидії посяганням на власність у будь-якій формі.

Зауваження.

1. Не всі висловлювання дисертанта щодо визначення об'єкта досліджуваного злочину виглядають переконливими і завершеними. Зокрема, посиляючись на положення цивільного законодавства України, О.В. Чус послідовно наполягає на тому, що додатковим безпосереднім об'єктом незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, є «встановлений порядок набуття права власності на знайдену річ або чуже майно, що випадково опинилося в особи, або скарб» (с. 11, 37, 67, 69, 70, 152, 186). Певна логіка в цьому твердженні є. Разом з тим постає питання, чи не є зазначений порядок лише складовою «економічних відносин власності, які формують легальні підстави власника володіти своїм майном»? (так дисертант визначає основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 193 КК України). Видається, що встановлений ЦК України порядок набуття права власності на знайдену річ або чуже майно, що випадково опинилося в особи, не є самоціллю і не потрібен сам по собі – він покликаний унеможливити позбавлення власника або законного володільця належного йому за законом майна.

І все ж про наявність додаткового (причому обов'язкового) об'єкта незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, вести мову потрібно, розуміючи під таким об'єктом встановлений законодавством порядок охорони культурної спадщини. Як слушно зазначає М.О. Міщенко, дисертацію якої О.В. Чус, на жаль, залишила поза своєю увагою, це пов'язано з тим, що власник унаслідок вчинення злочину, караного за ст. 193 КК України, втрачає не просто рухоме майно чи скарб – він позбавляється речей, яким притаманна особлива історична, наукова, художня чи культурна цінність; порушується і належне виконання державою обов'язку здійснювати захист культурного надбання (див.: Міщенко М.О. Кримінально-правова охорона культурних цінностей в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 81). Відверто кажучи, очікував, що Оксана Володимирівна самостійно вийде на виділення подібного додаткового об'єкта аналізованого злочину, адже: по-перше, в дисертації містяться численні посилання на міжнародно-правові акти та акти вітчизняного законодавства щодо охорони культурної спадщини (с. 33, 82–85 та ін.); по-друге, авторка ініціює *de lege ferenda* позначення предмета розглядуваного кримінально караного посягання як майна або скарбу, які мають культурну цінність (с. 190), а також доречно звертає увагу на те, що суспільно небезпечні наслідки злочину, передбаченого ст. 193 КК України, мають не лише грошовий вимір, а здебільшого нематеріальний, культурний характер (с. 108, 154–155). Цього, однак, не сталося. Натомість О.В. Чус не зовсім переконливо дискутує з Д.В. Каменським і Д.О. Калмиковим, які додатковим факультативним об'єктом незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, називають моральні засади суспільства (моральність) у частині ставлення до майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність (с. 73). Проте якщо вже і критикувати названих дослідників, які при розкритті змісту об'єкта злочину, передбаченого ст. 193 КК України, цілком виправдано вийшли за межі економічних відносин власності, то робити це варто не за те, що Д.В. Каменський і Д.О. Калмиков нібито ігнорують розуміння злочину як аморального вчинку, а за те, що вони визнали відповідні засади лише факультативним, а не обов'язковим додатковим об'єктом досліджуваного злочину.

2. Міркування дисертанта з питання про зміст поняття «привласнення» у складі злочину, передбаченого ст. 193 КК України, не відзначаються послідовністю. Так, у положеннях, що висувуються на захист (с. 10), і загальних висновках (с. 187) під привласненням пропонується розуміти «використання знайденого чи такого, що випадково опинилося в особи, чужого майна або скарбу, на свою користь або користь третіх осіб». Проте для наявності закінченого складу злочину, передбаченого ст. 193 КК України, або, як пише О.В. Чус, для того, щоб перешкодити власнику чи законному володільцю, який втратив майно або не отримав його у володіння, володіти цим майном (с. 11–12, 69), зовсім не обов'язково, щоб винувата особа використовувала знайдене майно або майно, яке випадково опинилась у неї. Показово, що здобувач погоджується з висловленою в юридичній літературі точкою зору, згідно з якою фактичне володіння, зокрема, скарбом, який має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність, і свідоме ненадання органам державної влади інформації про знайдений скарб, є його незаконним привласненням незалежно від того, чи користувався або розпорядився винний цим майном (с. 109). На інших сторінках дисертації можна прочитати про те, що привласнення з погляду кваліфікації ст. 193 КК України полягає в зверненні (оберненні) винним відповідного майна на свою користь або користь інших осіб (с. 100, 106, 154). Не виключає авторка розуміння привласнення стосовно досліджуваного нею складу злочину (подібно до складу злочину, описаного в ст. 191 КК України) і як утримання та неповернення знайденого майна або майна, яке випадково опинилось в особи (с. 104 – 105). За таких обставин позиція дисертанта з позначеного питання кримінально-правової характеристики незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, потребує уточнення.

3. Оптимізацію відповідальності за незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, О.В. Чус пов'язує з можливим запровадженням інституту кримінальних проступків, пропонуючи декриміналізувати діяння, наразі передбачене ст. 193 КК України, і висуваючи авторську редакцію відповідної норми в Кодексі України про кримінальні проступки (с. 171–181, 189 – 190). Мені складно повністю підтримати такий варіант удосконалення законодавства про відповідальність за привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї. Передусім зауважу, що міркування дисертанта стосовно інституту кримінальних проступків, з огляду на тему кандидатської дисертації та встановлений обсяг до такого роду кваліфікаційних робіт, не могли не бути фрагментарними. Викласти та проаналізувати хоча б у стислому вигляді аргументи «за» і «проти» законодавчої реалізації зазначеної ідеї в кандидатській дисертації, присвяченій кримінально-правовій характеристиці конкретного злочину, фізично неможливо. Особисто я (як і багато інших вітчизняних дослідників) переконаний у тому, що конструктивна ідея подальшої (більш поглибленої) диференціації кримінальної відповідальності за діяння, які мають різний рівень небезпеки (шкідливості) для людини, суспільства і держави, цілком успішно може бути реалізована і без допомоги інституту кримінальних проступків, але це тема окремої розмови. Одним із проявів згаданої фрагментарності міркувань здобувача є те, що здобувач досліджує положення лише одного відповідного законопроекту (внесеного народним депутатом України В.Д. Швецем) при тому, що таких законопроектів (не кажучи вже про альтернативні концепції) на сьогодні є кілька.

Якщо незаконному привласненню особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, все ж буде надано статус кримінального проступку, то чи доречно, як це робить дисертант (с. 171, 175, 178, 181 та ін.), вести мову тут саме про декриміналізацію? На мій погляд, запровадження кримінальних проступків, вчинення яких зумовлюватиме виникнення та розвиток охоронних кримінально-правових відносин, фактично означатиме застосування кримінально-правової репресії (хай і не у виді покарання і без настання судимості) – навіть якщо питання про місце розташування відповідних норм у системі національного законодавства буде вирішено на користь окремого законодавчого акта (наприклад, Кодексу України про кримінальні проступки, про який говорить дисертант).

Якщо в багатьох європейських країнах, як це показала О.В. Чус (с. 49–50), за діяння, подібні до злочину, описаного в ст. 193 КК України, передбачено покарання навіть у виді тюремного ув'язнення, то чому в Україні при вирішенні питання про визначення *de lege ferenda* правової природи незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, варто орієнтуватись не на європейське законодавство, а на кримінальне законодавство країн СНД, в якому відповідні аналоги відсутні? До речі, якщо в чинному КК РФ немає аналогу ст. 193 КК України, то О.І. Бойцов – автор чи не найкращої на теренах СНД монографії про кримінальну відповідальність за злочини проти власності – висловлюється за відновлення кримінально-правової заборони, присвяченої привласненню знахідки (див.: Бойцов А.І. Преступления против собственности. – СПб., 2002. – С. 239–249).

Сподіваюсь, що під захисту дисертант поясне з'ясовану вибірковість при запозиченні зарубіжного досвіду, як і те, чи дозволить переведення незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, в розряд кримінальних проступків вирішити проблему фактичного незастосування досліджуваної кримінально-правової заборони. Принагідно зауважу, що авторці варто було звернути більше уваги на проблему латентності розглядуваного в дисертації злочину. Адже відсутність кримінально-правового реагування у вигляді застосування ст. 193 КК України, «нульові» показники судової статистики зовсім не обов'язково означають, що факти вчинення відповідних злочинів у житті не мають місця.

4. Не погоджуючись з М.І. Пановим, дисертант пише, що привласнення особою чужого майна, забутого власником у відомому йому місці, слід кваліфікувати не за ст. 185 КК України як крадіжку, а за наявності підстав (зокрема, якщо річ становить особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність) – за ст. 193 КК України (с. 113). Відзначу, що як у теорії кримінального права, так і в правозастосовній практиці питання про кваліфікацію подібних дій належить до числа дискусійних, і тут потрібно брати до уваги значущі кримінально-правові нюанси. На це вказує, зокрема, постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 березня 2014 р. № 5-2 кс 14, в якій констатується неоднаковість судової практики в частині кримінально-правової оцінки заволодіння чужим майном, що вибуло з володіння власника, і залежність такої оцінки та дійсного характеру правовідносин (кримінально- чи цивільно-правових) від усіх обставин справи, а не лише від того, що потерпіла особа загубила річ, а інша особа знайшла її. У конкретній кримінальній справі було встановлено, що: потерпіла особа тимчасово втратила контроль над своїм майном; вона знала місце, в якому залишила майно; останнє перебувало без нагляду власника впродовж короткого проміжку часу; як тільки особа виявила відсутність належного їй майна, вона відразу повернулася туди, де його залишила. З огляду на викладене, Верховний Суд України зробив висновок про те, що незаконне таємне заволодіння майном, що фактично не вийшло з володіння власника, але з будь-яких причин опинилось у неналежному місці, слід розцінювати не як привласнення знахідки, а за ст. 185 КК України як крадіжку чужого майна (див.:

Рішення Верховного Суду України. – 2014. – Вип. 2 (29). – С. 85 – 89). Інакше кажучи, Верховний Суд України сформулював правову позицію, певною мірою відмінну від підходу, обстоюваного дисертантом.

5. Досліджуючи суб'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 193 КК України, здобувач справедливо вказує на проблему усвідомлення винною особою специфічних ознак предмета цього злочину, встановлюваних на підставі експертного висновку, – особливої історичної, наукової, художньої чи культурної цінності майна або скарбу. Мені імпонує позиція О.В. Чус, яка характеризує відповідну законодавчу вимогу як некоректну та нездійсненну щодо пересічної особи, яка не має вищої освіти, достатнього життєвого досвіду, спеціальних знань у певних галузях життєдіяльності (с. 179, 183 – 184). Щоправда, на відміну від здобувача, я не вважаю, що усвідомлення культурної цінності майна або скарбу (якщо законодавчо описати предмет аналізованого посягання в ключі, запропонованому дисертантом) стане менш проблемним, оскільки, як стверджує авторка, у більшості випадків від особи не вимагатиметься якихось спеціальних знань і досвіду, щоб зрозуміти, що майно становить культурну цінність (с. 145). На мою думку, вказана проблема (і теоретична, і правозастосовна) залишиться. Задля справедливості зауважу, що вона в кримінальному праві України не є поодиноким (достатньо пригадати, наприклад, усвідомлення особою встановленої експертним шляхом належності предмета до холодної зброї).

6. Текст дисертації містить окремі неточні, неоднозначні або не зовсім коректні висловлювання. Так, констатувавши відсутність у сучасній кримінально-правовій науці єдиного підходу щодо місця предмета злочину в системі ознак складу злочину (с. 75), здобувач чітко свою точку зору з цієї проблеми не висловлює. Судячи, однак, із назви однієї зі структурних частин дисертації («Безпосередній об'єкт та предмет незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї»), О.В. Чус не поділяє традиційного підходу, у межах якого предмет злочину розглядається як факультативна ознака об'єкта злочину. У зв'язку з цим потребує з'ясування питання, наскільки доречно було аналізувати предмет злочину, передбаченого ст. 193 КК України, одразу після розкриття змісту його об'єкта, а не, наприклад, в структурній частині дисертації, присвяченій об'єктивній стороні незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї.

Характеризуючи емпіричну базу свого дослідження, дисертант пише, що її становлять, серед іншого, матеріали кримінальних справ, розглянутих судами протягом «2001–2014 рр. за ст. 193 КК (у тому числі кваліфікованих за ст. 185, 190, 191 КК)...» (с. 9). Водночас на інших сторінках дисертації здобувач неодноразово називає ст. 193 КК України «мертвою» кримінально-правовою нормою, вказуючи на відсутність хоча б одного вироку (ухвали, постанови), винесеного (винесеної) за цією статтею КК. До того ж використаний зворот «за ст. 193 КК (у тому числі кваліфікованих за ст. 185, 190, 191 КК)...» є не зовсім зрозумілим: створюється враження, що випадки незаконного привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, які за законом мали кваліфікуватись за ст. 193 КК України, чомусь були кваліфіковані за іншими кримінально-правовими нормами. Чи дисертант мала на увазі щось інше?

Один з етапів розвитку відповідного законодавства О.В. Чус позначає таким чином: «(4) встановлення самостійної відповідальності за незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї, або скарбу із включенням до предмета злочину майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність (1960 р. – н. р.)» (с. 11, 53, 185). Висловлю сумнів у тому, що в цьому разі є достатні підстави вести мову саме про один етап, який характеризується «включенням до предмета злочину майна, яке має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність». Адже ст. 88 КК України 1960 р. «Привласнення знайденого або такого, що випадково опинилося у винного, державного чи колективного майна» пов'язувала цінність майна як предмета злочину з його вартістю, а відповідно до ст. 193 КК України 2001 р. до ухвалення Закону України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» предметом розглядуваного злочину визнавався і той скарб, який не мав особливої, наукової, художньої чи культурної цінності.

Поважаючи позицію О.В. Чус, яка не сприймає концепцію майнових злочинів, водночас зауважу, що і традиційна, розроблена ще в радянський період концепція злочинів проти власності, прибічником якої позиціонує себе дисертант, у сучасних умовах також не може розраховувати на всебічну підтримку. Показовим у цьому аспекті є те, що дисертант при характеристиці власності як родового об'єкта злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ VI Особливої частини КК України, згадує і про інші речові права, і про зобов'язальні права (с. 66, 151–152). Тим самим фактично визнається, що сфера відносин, охоронюваних вказаним розділом КК, не обмежується таким речовим правом, як право власності, що наводить на думку принаймні про доцільність уточнення назви розділу VI Особливої частини КК України. Звичайно, можна по-різному ставитись до наукової ідеї розроблення і взагалі перспективності концепції майнових злочинів, однак «ставити на ній хрест» за допомогою аргументів, виклад яких займає «аж» одну сторінку, як це зробила дисертант (с. 60), на мою думку, неправильно.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.В. КОЛОС «ПОВТОРНІСТЬ ЗЛОЧИНІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ»¹

Виокремлення в Загальній частині КК України розділу VII «Повторність, сукупність та рецидив злочинів» означає, що інститут множинності злочинів, у межах якого наука кримінального права вивчає поведінку того, хто вчинив кілька злочинів, отримав своє законодавче закріплення. Позитивно оцінюючи сам факт нормативного розвитку і деталізації кримінально-правового інституту множинності злочинів, водночас зауважу, що окремі формулювання статей 32–34 чинного КК України породжують запитання, однозначно відповісти на які складно навіть для «вузьких» фахівців-теоретиків. Взагалі проблематика множинності злочинів традиційно вважається однією з найскладніших як у доктрині кримінального права, так і в правозастосовній діяльності. В юридичній літературі зустрічаються різні (інколи протилежні) підходи стосовно того, якою має бути класифікація (чи принаймні систематизація) проявів множинності злочинів, які з цих проявів *de lege ferenda* слід виділяти в КК України та які кримінально-правові наслідки треба з ними пов'язувати. Сказане повною мірою стосується і повторності злочинів, законодавча регламентація якої не позбавлена вад, що ускладнює встановлення специфічного кримінально-правового змісту цієї форми множинності злочинів. До дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики повторності злочинів є підстави віднести, зокрема: кваліфікацію повторності тотожних злочинів; відмежування повторності злочинів від продовжуваних злочинів і злочинів з альтернативними діями; визнання елементами повторності злочинів: а) стосовно яких сплили строки давності, але за вчинення яких особа від кримінальної відповідальності не звільнялась; б) за вчинення яких особу було звільнено від кримінальної відповідальності умовно; в) за вчинення яких особу було засуджено вироком суду іноземної держави; відповідність досліджуваного субінституту принципу «*non bis in idem*».

Визначаючи наукову новизну дисертації О.В. Колос, вважаю за доречне звернутись до дослідження М.В. Галабали, присвяченого проблемам сучасного стану і розвитку науки кримінального права незалежної України (його загальної частини). У цій роботі за результатами вивчення монографічних (включаючи дисертаційні) досліджень інституту множинності злочинів було слушно констатовано, що відповідні наукові дискусії точаться здебільшого довкола питань кваліфікації множинності злочинів, а не теоретичних постулатів, закріплених, зокрема, у Загальній частині КК України. У цьому сенсі дисертація О.В. Колос, у вигідний бік відрізняючись від попередніх наукових робіт із вказаної проблематики і будучи дослідженням останньої передусім із позиції доктрини кримінального права, містить глибокий аналіз та авторський варіант розв'язання низки ключових теоретичних проблем повторності злочинів як однієї з форм їх множинності, а також наскрізний (такий, що охоплює Загальну та Особливу частини кримінального закону) погляд на проблеми законодавчої регламентації повторності злочинів як юридичної конструкції. Водночас з урахуванням того, що інститут множинності потребує не просто вдосконалення, а реформування (с. 71–72), а відповідні теоретичні конструкції мають бути досконалішими, ніж конструкції нормативні, «йти на крок попереду» (с. 148), дисертант фактично не обмежується проблематикою повторності злочинів, висловлюючи на сторінках своєї роботи конструктивні пропозиції щодо комплексного реформування інституту множинності злочинів загалом.

Вважаю, заслуговують на підтримку міркування дисертанта про: існування в кримінальному праві чотирьох різних моделей повторності злочинів і закріплення в чинному КК України так званої традиційної моделі; відсутність «апріорного» (такого, що існує «об'єктивно», – незалежно від нормативних орієнтирів) змісту повторності злочинів; необхідність розрізняти кримінально-правові поняття «повторність злочинів» і «повторний злочин»; доцільність виділення не лише позитивних, а і негативних ознак повторності злочинів; потребу уніфікувати термінологію, яка використовується в КК України для позначення повторності злочинів; основні (а точніше родові) ознаки кримінально-правового поняття «множинність злочинів»; доречність визнання законодавчо виділених повторності, сукупності і рецидиву злочинів не видами, а формами множинності злочинів; специфічні ознаки кримінально-правового поняття «повторність злочинів»; доцільність подальших наукових розвідок з питання про розуміння однорідності злочинів у кримінальному праві; відмінність повторності злочинів від таких одиничних ускладнених злочинів, як повторний злочин і злочин, склад якого передбачає кілька альтернативних діянь; належність так званої трансформації злочинної поведінки до множинності злочинів і можливість розгляду вказаної поведінки в певних випадках як повторності злочинів; відповідність повторності злочинів принципу «*non bis in idem*»; неправильність поділу повторності злочинів на загальну і спеціальну; доцільність визнання складовою повторності злочинів тих злочинів, за вчинення яких особу було умовно звільнено від кримінальної відповідальності, і потребу розв'язання цієї проблеми на законодавчому рівні; кримінально-правове значення повторності злочинів; нормативний склад повторності злочинів як субінституту множинності злочинів; доцільність закріплення неодночасності вчинення злочинів як однієї з ознак досліджуваної форми множинності злочинів, правових наслідків повторності злочинів, а так само

¹ Захист відбувся 28 квітня 2015 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка.

особливостей призначення покарання при повторності злочинів у законодавчому порядку; використання в Особливій частині КК України п'яти типів врахування повторності злочинів у кваліфікованих складах злочинів; доречність використання приміток у тексті кримінального закону; доцільність здійснювати систематизацію проявів повторності за такими підставами, як: особливості складів злочинів, що утворюють повторність; наявність чи відсутність факту засудження (альтернатива – наявність чи відсутність судимості); форма вини; кримінально-правове значення.

Зауваження.

1. Дисертант послідовно виступає за збереження досліджуваної в роботі форми множинності злочинів у сучасному кримінальному праві України, виходячи зі специфіки розкритих характеристик повторності злочинів та її значущості для диференціації кримінальної відповідальності (с. 141, 167–168, 199–200). При цьому у вітчизняній юридичній літературі останнім часом все більшого поширення набуває точка зору, згідно з якою повторність слід позбавити статусу окремої (самостійної) форми множинності злочинів (М.І. Хавронюк, В.О. Навроцький та ін.). Йдеться, зокрема, про те, що точності і повноти як принципам кримінально-правової кваліфікації більше відповідає окрема (самостійна) кваліфікація кожного злочину, який є елементом повторності. Так, Т.І. Созанський запропонував, щоб сукупність утворювали у тому числі злочини, передбачені однією і тією самою статтею Особливої частини КК (інакше кажучи, розширити зміст сукупності за рахунок не пов'язаної із засудженням повторності тотожних злочинів). Пропонуючи виключити з КК України ст. 32 «Повторність злочинів», І.М. Гнатів також вважає, що поняття сукупності має формулюватися так, щоб була можливою сукупність не лише різнорідних, а і тотожних злочинів (див.: Гнатів І.М. Принцип «non bis in idem» у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2013. – С. 8, 207). З огляду на сказане, очікував побачити в роботі розгорнуте спростування викладеної наукової позиції і, відповідно, більш переконливу аргументацію на користь збереження повторності злочинів як самостійної форми їх множинності. Тим більше, що, як довела О.В. Колос, повторність злочинів (треба так розуміти, що сказане стосується і інших форм множинності) – це, не більше і не менше, плід законотворчості, результати якого в різних країнах і на різних історичних етапах розвитку суспільства можуть істотно відрізнятися.

2. Докладно розглянувши обставини, за яких один із вчинених злочинів втрачає своє кримінально-правове значення, а отже, не може виступати елементом повторності злочинів, дисертант жодного разу не згадала про процесуальні перешкоди для визнання кримінально караних діянь складовими множинності злочинів загалом і повторності злочинів зокрема. На мою думку, робота лише виграла, якби її авторка з посиланням на положення чинного КПК України хоча б у стислому вигляді охарактеризувала вказані перешкоди в порядку конкретизації такої родової ознаки множинності злочинів, як «за кожний з вчинених злочинів особа несе або має нести окрему кримінальну відповідальність» (с. 98–101). Не дивлячись на те, що кримінальне право і кримінальний процес – самостійні галузі права зі своїми предметами правового регулювання, не варто недооцінювати значення взаємозв'язку і взаємодії положень КК і КПК при вирішенні тих чи інших кримінально-правових питань. З огляду на системний характер права, вважаю виправданим виокремлення такої ознаки множинності злочинів, як відсутність процесуальних перешкод для кримінального переслідування особи.

3. Дисертант не погоджується з автором цих рядків (насправді я лише приєднався до позиції О.О. Житного з цього питання) в тому, що ст. 32 і ст. 33 КК України слід уточнити таким чином, щоб елементами повторності і сукупності не визнавались злочини, стосовно яких сплили встановлені законом строки давності. На думку О.В. Колос, у цьому випадку відсутні певні специфічні особливості звільнення від кримінальної відповідальності, які б зумовили їх виокремлення на нормативному рівні (с. 103, 105). Вважаю, однак, що проблема існує і її бажано розв'язати в законодавчому порядку. Буквальне тлумачення ч. 4 ст. 32 і ч. 1 ст. 33 чинного КК України не дозволяє погодитись із підходом дисертанта, який, як видається, не враховує зумовленого прийняттям КК України 2001 р. уточнення кримінально-правової природи давності: на відміну від ст. 49 чинного КК України «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності», у ст. 48 попереднього КК йшлося про те, що особу не може бути притягнуто до кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину минули певні строки. De lege lata повторність і сукупність можуть утворювати і ті злочини, стосовно яких сплили строки давності, але за вчинення яких особа від кримінальної відповідальності судом не звільнялась. Те, чи втратив злочин своє кримінально-правове значення, з точки зору чинного кримінального закону треба пов'язувати із здійснюваним судом звільненням від кримінальної відповідальності, а не із закінченням строку давності як однією з умов такого звільнення. Разом з тим удосконалений кримінальний закон має передбачати, що сплив строку давності, усуваючи юридичну значущість раніше вчиненого злочину, унеможливорює визнання останнього елементом множинності злочинів.

4. У частині першій авторської редакції ст. 32 КК України дисертант пропонує таке загальне нормативне визначення повторності злочинів: «Повторністю злочинів визнається неодноразове вчинення двох або більше злочинів, якщо вони: 1) передбачені однією і тією ж статтею Особливої частини цього Кодексу; 2) передбачені різними статтями Особливої частини цього Кодексу у випадках, коли після вчинення попереднього злочину

відповідна стаття за вчинення наступного посилює кримінальну відповідальність особи» (с. 164, 201). Висловлю сумнів у вдалості наведеного визначення, адже зрозуміло (і цю обставину сама авторка чудово усвідомлює), що неодноразовне вчинення двох або більше певних злочинів може розцінюватись як повторність злочинів (одна з форм їх множинності) лише в поєднанні з іншими юридично значущими ознаками. До речі, множинність злочинів Ольга Валеріївна, визнавши за доцільне приєднатись (з деякими уточненнями) до позиції свого наукового керівника, визначає як різновид суспільно небезпечної поведінки однієї і тієї самої особи, що відповідно до закону визнається кількома окремими злочинами, за кожний з яких особа несе або має нести окрему кримінальну відповідальність і кожний з яких певним чином впливає на сукупну кримінальну відповідальність цієї особи (с. 62). Тут не буде зайвим пригадати, що у відгуку В.О. Гацелюка як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Н.І. Устрицької «Кваліфікація повторності злочинів» повторність злочинів також визначається не як вчинення особою кількох злочинів, а як певний правовий стан. Звичайно, не слід перетворювати кримінальний закон у підручник із кримінального права і, тим більше, у монографію. З урахуванням сказаного, однак, вважаю, що те визначення повторності злочинів, яке дисертант пропонує закріпити законодавчо, потребує принаймні редакційного уточнення.

5. Дисертант розглядає ситуацію, коли після засудження особи за вчинення двох злочинів, які утворюють їх повторність, злочинність першого діяння внаслідок набрання чинності відповідним законом усувається. При цьому повторність могла вплинути на кваліфікацію другого злочину і (чи) призначення покарання за нього. Стверджується, що таку ситуацію необхідно врегулювати на нормативному рівні, а пропозиції щодо цього будуть наведені у підрозділі 2.3 роботи (с. 102). Але в підрозділі 2.3 дисертації, в якому викладаються та аналізуються основні підходи до систематизації повторності злочинів у теорії кримінального права, а так само у загальних висновках дисертації, де викладені положення, спрямовані на вдосконалення законодавчої регламентації повторності злочинів у чинному КК України (с. 201–206), відповідних пропозицій відшукати, на жаль, не вдалося.

6. Дисертант пише про «відсутність передбачення ситуації врахування повторності злочинів у тих випадках, коли вона вже вплинула на кваліфікацію злочину», посилаючись на ч. 4 ст. 67 КК України, згідно з якою якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує. Для розв'язання позначеної проблеми пропонується доповнити ст. 67 КК України застереженням про те, що не виключено врахування обтяжуючих ознак як показника ступеня тяжкості злочину або особи винного (с. 172–173). Проблема відступу від законодавчої заборони «подвійного інкримінування» одних і тих же обставин, включаючи повторність злочинів, існує. Щоправда, її вирішення навряд чи потребує внесення змін до КК і вбачається в його відповідному тлумаченні. На відміну від дисертанта, я б не став вести мову про «відсутність передбачення ситуації врахування повторності злочинів у тих випадках, коли вона вже вплинула на кваліфікацію злочину». Адже кількість фактично вчинених злочинів у межах повторності злочинів як кваліфікуючої ознаки того чи іншого складу злочину підлягає врахуванню в порядку застосування такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням особи винного. До речі, про це саме пише і здобувач, посилаючись на праці свого наукового керівника (с. 173). Показово і те, що у загальних висновках дисертації про доповнення ст. 67 КК України згаданим вище застереженням вже не йдеться.

7. Висловлюючись за те, щоб у законодавчо відмежувати повторність злочинів від злочинів, складі яких передбачають кілька альтернативних діянь, дисертант пропонує включити в авторську редакцію ст. 32 КК України положення про те, що не визнається повторністю злочинів, зокрема, вчинення кількох різних діянь, об'єднаних єдиним умислом і передбачених однією і тією ж статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу (злочин з кількома різними діяннями) (с. 157, 164, 194, 202). З огляду на те, що кваліфікація злочинів з альтернативними діяннями на практиці нерідко викликає труднощі (про це свідчить і діяльність Науково-консультативної ради при Верховному Суді України), наведена вище пропозиція загалом заслуговує на підтримку. Разом з тим звертає на себе увагу та обставина, що у пропонованому положенні відповідна негативна ознака кримінально-правового поняття повторності пов'язується лише з однією умовою – відсутністю єдиного умислу на вчинення кількох альтернативних діянь, передбачених складом одного злочину. Однак на с. 94 дисертації, крім зазначеної умови, згадується (на мій погляд, доречно) ще одна – вчинення винною особою альтернативних діянь, передбачених складом відповідного злочину, в різний час і стосовно різних об'єктів. За таких обставин закономірно постає питання про повноту ініційованого здобувачем законодавчого положення.

8. Об'єкт дослідження свого дослідження О.В. Колос визначила як «норми кримінального права як один з основних елементів механізму кримінально-правового регулювання інституту множинності, перш за все повторності злочинів, а також теоретичні положення щодо повторності злочинів, окремі правозастосовні орієнтири», а предмет – як «повторність злочинів за Кримінальним кодексом України» (с. 6). Наведені визначення видаються не зовсім вдалими при тому, що формальних заперечень проти формулювання узгодже-

ного з темою роботи предмета дослідження бути, вочевидь, не може. Річ у тім, що фактично предметом аналізованого дисертаційного дослідження виступають не лише відповідні кримінально-правові норми, а і теоретичні положення і правозастосовні орієнтири, сукупність яких авторка водночас розглядає як об'єкт свого дослідження. Виходить, що об'єкт і предмет дослідження як категорії наукового процесу, всупереч встановленим вимогам, не співвідносяться між собою як загальне і часткове. З урахуванням того, що в об'єкті повинна виділятися та його частина, яка є предметом дослідження, вважаю коректнішим визначення об'єкта дисертаційного дослідження О.В. Колос через кримінально-правове поняття множинності злочинів. Складається враження, що в науково-теоретичну базу своєї дисертації О.В. Колос включила і положення постанов Пленуму Верховного Суду УСРР, Пленуму Верховного Суду СРСР, Пленуму Верховного Суду України (с. 7). Все ж у цьому разі ми маємо справу з відмінними від теоретичних положень правозастосовними орієнтирами, навіть якщо до формулювання частини з них «доклали руку» науковці.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ О.І. ДЕНЬКОВИЧ «ТЛУМАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження передусім визначається тим, що для кримінального права первинне та основоположне значення має конституційне право, зв'язок з яким відрізняється від інших видів міжгалузевих зв'язків і носить ієрархічний характер. Враховуючи пріоритетну роль конституційних норм у регулюванні суспільних відносин, кримінальне право має формуватися на підставі Конституції України та з урахуванням інших конституційних законів, основні положення яких повинні конкретизуватися і розвиватися в КК України. Тому фахівців із кримінального права не може не турбувати проблема конституційного змісту кримінального законодавства. Важливу роль у забезпеченні несуперечності кримінально-правових норм конституційно-правовим приписам, принципам верховенства права і прямої дії норм Основного Закону країни відіграють акти Конституційного Суду України, які у зв'язку з цим повинні сумлінно засвоюватися кримінально-правовою доктриною.

Не дивлячись на те, що Конституційний Суд України є на сьогодні єдиним суб'єктом, уповноваженим здійснювати офіційне тлумачення кримінально-правових норм, а результати такого тлумачення чинять вагомий вплив на регулювання кримінально-правових відносин і розвиток сучасного кримінального права України, чимало питань, пов'язаних із тлумаченням кримінально-правових норм Конституційним Судом України, належить до числа дискусійних. Серед них, зокрема: об'єкт, предмет і межі вказаного тлумачення; співвідношення офіційного тлумачення і нормотворчої діяльності, існування такого феномену, як судова правотворчість; юридична природа рішень і правових позицій Конституційного Суду України, їх співвідношення та належність до джерел кримінального права.

Усвідомлюючи ту обставину, що способи і результати тлумачення кримінально-правових норм значною мірою залежать від того типу праворозуміння, який обстоює той чи інший інтерпретатор, дисертант у межах розділу 1, присвяченого теоретико-методологічному аспекту тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм, визначається з методологічними підходами до аналізованого різновиду тлумачення і, зокрема, з'ясовує співвідношення права і закону (підрозділ 1.2). У розділі 1 також кваліфіковано вирішується одне з вихідних для цього дисертаційного дослідження питань – про об'єкт і предмет тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм (підрозділ 1.2). У розділі 2 «Кримінально-правове значення рішень Конституційного Суду України» переконливо обґрунтовується положення про належність відповідних рішень Конституційного Суду України до джерел кримінального права, розкривається правова природа таких рішень, а також висвітлюється співвідношення тлумачення кримінально-правових норм Конституційним Судом України з правотворчою діяльністю законодавця у кримінальному праві. Нарешті, у розділі 3, який займає половину основного тексту дисертації, авторка спочатку аргументовано пояснює, чому з величезного масиву рішень Конституційного Суду України для предметного розгляду нею обрано саме певні рішення (підрозділ 3.1 «Критерії відбору рішень Конституційного Суду України, які містять тлумачення кримінально-правових норм»), а далі піддає глибокому і всебічному аналізу рішення Конституційного Суду України, які мають кримінально-правове значення та які містять правові позиції, що стосуються питань Загальної та Особливої частин кримінального права (підрозділи 3.2 і 3.3, відповідно).

Визначаючи наукову новизну дисертації, я погоджуюсь з О.І. Денькович у тому, що написана нею робота є першим у вітчизняній юридичній науці монографічним дослідженням питань тлумачення кримінально-правових норм Конституційним Судом України. З урахуванням тієї обставини, що нещодавно в Київському університеті імені Тараса Шевченка було захищено кандидатську дисертацію на близьку тему (див.: Карелова Г.А. Кримінальна відповідальність в правових позиціях Конституційного Суду України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 262 с.), зобов'язаний наголосити на тому, що в дисертації О.І. Денькович (на відміну від дисертації Г.А. Карелової) «через призму» рішень Конституційного Суду України досліджуються всі кримінально-правові норми, а не лише ті з них, що безпосередньо стосуються кримінальної відповідальності, і до того ж це поєднується з розкриттям суті та особливостей офіційного тлумачення закону як повноваження, відмінного від інших повноважень Конституційного Суду України.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: критерії визначення актів Конституційного Суду України (а не позбавлених самостійності правових позицій цього Суду) як форми кримінального права і застереження, які дозволяють відносити до джерел кримінального права ті акти Конституційного Суду України, що містять тлумачення відмінних від КК України нормативно-правових актів; безпідставність визнання КК України єдиною формою (джерелом) кримінального права і доцільність законодавчого закріплення положення про множинність такого роду джерел; визнання об'єктом тлумачення Конституційним Судом

¹ Захист відбувся 30 квітня 2015 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ.

України кримінально-правових норм, а не відображеної у них з різним ступенем чіткості волі вітчизняного законодавця; охоплення поняттям офіційного тлумачення кримінально-правових норм Конституційним Судом України як з'ясування і роз'яснення цих норм, так і результатів зазначених процесів у відповідних актах; неправильність отождествлення кримінально-правової норми і статті кримінального закону, залежність змісту кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями від іншогогалузевих нормативно-правових актів і належність останніх до предмета тлумачення, здійснюваного Конституційним Судом України; доцільність звернення при офіційному тлумаченні кримінально-правових норм до додаткових форм встановлення волі законодавця – стенограм Верховної Ради України, текстів законопроектів, пояснювальних записок до них тощо; можливі причини різного тлумачення кримінально-правових норм; співвідношення понять «правові позиції Конституційного Суду України» і «рішення Конституційного Суду України», а так само понять «тлумачення кримінально-правової норми» і «конкретизація кримінально-правової норми»; неправильність віднесення рішень Конституційного Суду України до нормативно-правових актів; розмежування компетенції Конституційного Суду України і законодавця при вирішенні питань, пов'язаних із криміналізацією діянь і диференціацією кримінальної відповідальності; доцільність надання Конституційному Суду України права змінювати свої правові позиції та належне йому право здійснювати тлумачення і тих кримінально-правових норм, які втратили чинність; можливість інкримінування ст. 109 КК України у випадку вчинення дій, вчинених з метою внесення змін до Конституції України у спосіб, який порушує порядок, визначений розділом XIII Основного Закону України, та оцінку таких дій як узурпації влади; належність відомостей, які є медичною інформацією, до предмета злочину, передбаченого ст. 182 КК України «Порушення недоторканості приватного життя», і співвідношення ст. 182 і ст. 145 КК України як загальної та спеціальної кримінально-правових норм.

Імпонує те, що дисертант, демонструючи наукову неупередженість, за результатами аналізу рішень Конституційного Суду України, які мають кримінально-правове значення, дає окремим із цих рішень критичну оцінку, достатньою мірою аргументовану в тексті роботи. Так, я поділяю вказану оцінку рішень Конституційного Суду України, в яких: робиться висновок про подвійний (загальний і конкретизований) зміст кримінально-правової норми із бланкетною диспозицією (с. 96–97, 100); непослідовно вирішується питання про підставу кримінальної відповідальності (с. 111–112); неможливість призначення особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, розглядається як порушення принципу рівності (с. 123–124); кримінально-правовим поняттям службової особи, законодавче визначення якого містило термінологічний зворот «громадські підприємства, установи та організації», були охоплені службові особи підприємств, установ, організацій (зокрема, комерційних банків) незалежно від форми власності (с. 165–167). Врешті-решт якість і виваженість тлумачення кримінально-правових норм, здійснюваного будь-яким суб'єктом, залежать від професійної підготовки та сумлінності конкретного інтерпретатора, і Конституційний Суд України в цьому сенсі – не виняток.

Зауваження.

1. Дисертант послідовно наполягає на тому, що істинний зміст кримінально-правової норми може бути встановлений лише в тому разі, якщо при її тлумаченні буде використаний не позитивістський, а природний тип праворозуміння. Виявляється, що прибічники останнього під правом розуміють свободу, справедливість, рівність, мораль, інтереси, деякі суспільні відносини, деякі ідеї, внутрішній психічний стан, переживання, індивідуальний досвід людини. Яке конкретне явище кожна така особа вважає правом, залежить від її індивідуальних чи групових потреб та інтересів. Право має об'єктивний характер та існує незалежно від держави та законодавця. На переконання здобувача, критерієм вибору результату тлумачення кримінально-правової норми Конституційним Судом України повинно бути право в його природно-правовому розумінні. Лише такий підхід, вважає Ольга Іванівна, дозволить Суду дієво реагувати на юридичне свавілля законодавця і не допустити в кримінально-правове поле неправові закони (с. 23, 25–26, 40, 184).

З повагою ставлячись до викладеної світоглядної позиції дисертанта, водночас зауважу, що переконливих аргументів на її користь я в тексті роботи не знайшов і, мабуть, не міг знайти в принципі. Річ у тім, що проблема праворозуміння є фундаментальною і не може бути розв'язана в межах кандидатської дисертації з кримінального права, присвяченої конкретній проблемі. Тому залишається лише сприймати на віру тезу авторки про те, що «взяття на озброєння» Конституційним Судом України саме і тільки природного типу праворозуміння забезпечить належне тлумачення кримінально-правових норм із встановленням у підсумку їх істинного змісту. Постає, що правда, питання, чому такий же результат не зможуть забезпечити наукова доктрина правового реалізму, яка окремими фахівцями протиставляється легістсько-нормативістській доктрині, концепція інтегративного праворозуміння, яка знайшла втілення в окремих рішеннях Конституційного Суду України, чи інші, цілком рівноправні за умов існуючого наразі методологічного плюралізму і, до речі, згадані дисертантом підходи до праворозуміння – концепції соціологічної та аналітичної юриспруденції, психологічна та онтологічна концепції права тощо. Так, у межах соціологічної концепції правом називається не законодавство, а «живе право», яка втілюється в реальних правовідносинах; при цьому творча роль суду є вельми

значною. Боюсь показатись юридичним позитивістом, а отже, ретроградом, але сформулюю для обговорення ще кілька запитань. Чи не призведе використання Конституційним Судом або іншим тлумачем кримінально-правових норм широкого (природного, натуралістичного) розуміння права, й особливо у викладеному вище ключі, до того, що свавілля законодавця буде замінено свавіллям інтерпретатора? Чому істинний зміст кримінально-правової норми (при тому, що кримінальному праву притаманна формальна визначеність як гарантія законності та однаковості застосування його норм) забезпечить природний тип праворозуміння, а не продуманий алгоритм тлумачення, який передбачає комплексне застосування розроблених наукою і практикою способів і методів тлумачення?

2. Під конституційністю кримінального закону дисертант пропонує розуміти його відповідність не лише нормам Конституції, а і конституційним принципам та принципам кримінального права (с. 24). Це твердження, очевидно, впливає з обстоюваного дисертантом природного типу праворозуміння, про що йшлося вище. У практичному сенсі підхід здобувача може бути підтриманий лише за умови, що відповідний принцип кримінального права закріплений у Конституції України або може бути «виведений» з тексту Основного Закону шляхом його тлумачення (щоправда, у такому разі цей принцип має вважатись вже не кримінально-правовим, а конституційним). Конституційний Суд України не вправі визнати закон чи його норму неконституційними у зв'язку з їх невідповідністю принципам кримінального права, не закріпленим (прямо чи опосередковано) у Конституції України.

3. На С. 9 дисертації зазначається, що в ній удосконалено, зокрема, положення про те, що Конституційний Суд України не може виконувати правотворчу функцію законодавця. Це положення видається дискусійним або принаймні невдало сформульованим. У разі здійснення Конституційним Судом України так званого чистого тлумачення кримінально-правової норми встановлюється її зміст; Суд обирає те розуміння норми, яке закладено в неї законодавцем. Інакше кажучи, як слушно пише авторка, у правову норму вноситься визначеність (с. 38, 53, 72). Відповідно, вести мову про правотворчу функцію тут, вочевидь, недоречно, і в цій частині О.І. Денькович, мабуть, має рацію. Однак розглядуване положення наукової новизни сформульоване як універсальне – таке, що стосується реалізації і інших (відмінних від офіційного тлумачення) повноважень Конституційного Суду України. Як і раніше, вважаю, що у випадку визнання певного закону чи його положення неконституційним рішенням Конституційного Суду України має дію, аналогічну дії закону, що скасовує певне положення іншого закону. Рішення Суду про неконституційність певної норми кримінального закону є самодостатнім, остаточним, загальнообов'язковим і не потребує підтвердження з боку законодавчого органу – імплементації до КК України шляхом ухвалення нового закону. Приймаючи таке рішення, Суд фактично виступає в ролі «негативного правотворця» і, на відміну від парламенту, не може створювати нову норму замість тієї, що втратила чинність. Не будучи законодавцем, Конституційний Суд України «звільняє» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави, але і таку діяльність, вочевидь, є підстави визнавати правотворчістю. З цього приводу виражено висловлюється В.П. Коняхін, на думку якого у випадку втрати юридичної сили навіть одним кримінально-правовим приписом (йдеться про результат відповідного рішення органу конституційного судочинства) змінюється зміст формалізованої системи кримінального права загалом (див.: Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. – СПб., 2002. – С. 128).

Тому і не дивно, що діяльність органів конституційної юрисдикції фахівці з конституційного права все частіше називають «судовою правотворчістю», яка не підміняє законотворчість, але доповнює її. До речі, якщо авторка виходить з природно-правової концепції права, то не буде зайвим нагадати, що в її межах суд так само, як і законодавець, «відшуковує» право; при цьому заперечення судової правотворчості характерно саме для позитивізму, в межах якого правом визнається лише те, що встановив законодавець, а суду залишається тлумачити і застосовувати це право.

Ту обставину, що Конституційний Суд України спроможний виконувати роль «негативного правотворця», фактично визнає і сама дисертант, називаючи рішення Суду про неконституційність правової норми, не скасованої законодавцем, нормативним і розрахованим на неодноразове застосування (с. 56). Цілком справедливо зазначається, що правовим наслідком визнання Конституційним Судом України неконституційності окремої статті (частини статті) КК України може бути декриміналізація діяння (с. 73, 83, 185). Більше того: здобувач пропонує доповнити ст. 3 КК України положенням про те, що у разі визнання Конституційним Судом України неконституційним закону (частини закону) України про кримінальну відповідальність він втрачає чинність з дня прийняття Конституційним Судом України рішення про його неконституційність (с. 54, 189). Також О.І. Денькович неодноразово пише про те, що наслідком вибору Конституційним Судом України варіанту тлумачення є внесення у правове регулювання нормативної новизни. Вважаю, що і така теза схиляє до думки про правотворчий (а не лише правотлумачний) характер діяльності Суду. Рішення Конституційного Суду України треба відносити до джерел кримінального права (в цьому, речі, дисертант не сумнівається), зокрема, і через те, що вони є результатом правотворчості, яка, звичайно, має серйозні особливості, а також похідний та обмежений характер.

Зауважу, що і деякі інші міркування дисертанта стосовно повноважень Конституційного Суду України не відзначаються послідовністю. Так, в останньому з положень, які виносяться на захист, категорично заявляється,

що воля законодавця як його намір, якщо вона не закріплена чітко у кримінальному законі, під час тлумачення кримінально-правової норми Конституційним Судом України не повинна з'ясовуватись (с. 11). Водночас, дискутуючи з В. Ф. Щепельковим, здобувач визнає право Конституційного Суду України при здійсненні офіційного тлумачення кримінального закону вирішувати, зокрема, проблеми двоякого тлумачення КК України (с. 37).

Останнє твердження О.І. Денькович заслуговує на підтримку. Якби воля законодавця у текстах кримінального закону і пов'язаних із ним іншогогалузевих нормативно-правових актів була виражена чітко, то, за загальним правилом, не було б потреби в офіційному тлумаченні кримінально-правової норми і, зокрема, в зверненні при його здійсненні до додаткових форм встановлення волі законодавця – у тому числі стенограм Верховної Ради України, текстів законопроектів, пояснювальних записок до них, про що слушно пише дисертант (с. 32). Як правило, тлумачення норми Конституційним Судом потрібне там, де існує кілька взаємовиключних варіантів тлумачення норми права самої по собі чи в контексті з іншими нормами права, а вибір між цими варіантами не є очевидним, що призводить до різної практики застосування відповідної норми права.

4. Не всі висловлювання здобувача з питання про джерела кримінального права сприймаються однозначно. Так, пропонуючи законодавчо закріпити положення про множинність форм (джерел) кримінального права, О.І. Денькович висловлюється за те, щоб викласти ч. 1 ст. 3 КК України в такій редакції: «Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України, рішеннях Європейського суду з прав людини, Конституційного Суду України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права» (с. 54, 189). На мою думку, викладене формулювання у випадку сприйняття його законодавцем не дозволить втілити в життя ідею дисертанта про множинність джерел кримінального права і не змінить існуюче наразі положення про повну кодифікованість вітчизняного кримінального законодавства, яке, поза всяким сумнівом, є фікцією. Адже з наведеного формулювання випливає, що єдиним джерелом законодавства про кримінальну відповідальність залишатиметься КК України, хай навіть цей документ і ґрунтується на інших джерелах.

Із висловлювання дисертанта про доцільність того, «щоб КСУ сформулював правову позицію про те, які джерела (форми) права належать до законодавства у галузі кримінального права» (с. 48, 187), створюється враження, що авторка не розрізняє джерела кримінального права і джерела кримінального законодавства. До того ж не всі наукові проблеми можуть і повинні вирішуватись навіть таким високоповажним органом, як Конституційний Суд України.

Взагалі ж проблема форм (джерел) кримінального права та їх оптимального законодавчого відображення – тема окремого монографічного дослідження на рівні докторської дисертації.

Якщо на С. 52 дисертації можна прочитати про те, що формою (джерелом) кримінального права є саме рішення Конституційного Суду України, а позиція науковців, які визнають таким джерелом відповідні правові позиції, названа суперечливою, то на С. 94 роботи формою кримінального права чомусь названо вже не рішення Суду, а відображені в них правові позиції.

5. Визнаючи можливість декриміналізації діянь як результату зміни нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, дисертант водночас вважає, що у випадку такої декриміналізації (вона називається частковою або обмеженою) неправильно вести мову про зворотну дію в часі правових норм. Свою позицію авторка аргументує тим, що і Конституція України, і КК України зворотну дію в часі визнають не за правовими нормами, а за законами та іншими нормативно-правовими актами, їх статтями. Звідси робиться висновок про відповідність чинному законодавству висновку Конституційного Суду України (він був зроблений у рішенні від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000, винесеному в справі про зворотну дію кримінального закону в часі) про те, що внаслідок внесення змін до законодавства, до якого відсилає кримінально-правова норма з бланкетною диспозицією, кримінальний закон не матиме зворотної дії в часі (с. 70–71, 100–101).

Мені складно повністю з викладеним підходом. Покликані регламентувати не кримінально-правові наслідки вчинених злочинів, а правомірну поведінку особи у певних сферах життєдіяльності нормативно-правові акти, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК України, незважаючи на їх вагомий вплив на окреслення меж злочинного, справді, не можуть визнаватись законом про кримінальну відповідальність, як цього прямо (формально) вимагає ч. 1 ст. 5 КК України. Однак ця обставина навряд чи може вплинути на остаточний висновок про необхідність надання закону в розглядуваній ситуації зворотної сили. Річ у тім, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції України), сформульована таким чином, що дозволяє охопити випадки опосередкованої декриміналізації (випадки, коли зменшення обсягу криміналізації відбувається без зміни закону про кримінальну відповідальність). Вказаною конституційною нормою передбачено зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також). Отже, поки ч. 1 ст. 5 КК України, яка вважається конкретизацією ч. 1 ст. 58 Конституції України, не охоплює собою випадки опосередкованої декриміналізації, за

наявності останньої варто звертатись безпосередньо до ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка містить формулювання універсального характеру і не встановлює вимог щодо галузевої належності нормативно-правових актів, що скасовують або пом'якшують відповідальність особи, а тому мають зворотну дію в часі. Вимушений констатувати і певну незавершеність міркувань дисертанта з позначеної кримінально-правової проблеми. Відзначивши, що висновок Конституційного Суду України в справі про зворотну дію кримінального закону в часі суперечить позиції Європейського суду з прав людини, який в цьому разі обстоює не формальний, а змістовний підхід (с. 101–102), О.І. Денькович не висловлюється з приводу розв'язання вельми злободенної на практиці проблеми зворотної сили правових норм у випадках опосередкованої декриміналізації.

6. Авторці варто було звернути більш предметну увагу на проблему співвідношення повноважень Конституційного Суду України та Верховного Суду України в частині тлумачення законів. Згідно зі ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» підставою для конституційного подання щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України є практична необхідність у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень Конституції України та законів України. Відповідно ж до ст. 445 КПК України однією з підстав для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень (крім питань неоднакового застосування санкцій кримінально-правових норм, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання). При цьому відповідно до ст. 458 КПК України висновок Верховного Суду України щодо застосування норми права є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень і для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із судовим рішенням Верховного Суду України. Викладені законодавчі положення, на мою думку, не виключають того, що правові позиції названих судових інстанцій з тих чи інших питань тлумачення кримінально-правових норм можуть відрізнятись. На підтвердження цієї думки хотів би пригадати, що Конституційний Суд України і Верховний Суд України по-різному вирішили питання, в порядку якого (адміністративного або цивільного) судочинства треба вирішувати земельні спори.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ І.М. ТКАЧЕНКО «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННІ ДІЇ З ТВОРАМИ, ЩО ПРОПАГУЮТЬ КУЛЬТ НАСИЛЬСТВА І ЖОРСТОКОСТІ, РАСОВУ, НАЦІОНАЛЬНУ ЧИ РЕЛІГІЙНУ НЕТЕРПИМІСТЬ ТА ДИСКРИМІНАЦІЮ»¹

У ст. 14 Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 р. зазначається, що здійснення прав і свобод, згаданих у Конвенції, гарантується без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або інших обставин. Співзвучними є положення, закріплені в ст. 24 Конституції України, відповідно до якої: громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Важливою гарантією реалізації вказаних міжнародно-правових і конституційних положень є кримінально-правові заборони на вчинення діянь, пов'язаних із розпалюванням расової, національної та релігійної нетерпимості і ворожнечі, а також дискримінацією людини.

Обрана тема має безпосереднє відношення до проблематики, яка останнім часом набуває все більшої актуальності у світі, – йдеться про так звані злочини ненависті («hatred crime»), спільною ознакою яких визнається ненависть, пов'язана з расою, національністю, етнічним походженням, релігійною належністю чи іншими ознаками, властивими потерпілим. У преамбулі до Декларації принципів толерантності, прийнятої та проголошеної Генеральною конференцією ЮНЕСКО від 16 листопада 1995 р., зазначено, що її прийняття обумовлене актами нетерпимості, насильства, тероризму, ксенофобії, агресивного націоналізму, расизму, антисемітизму, відчуження, маргіналізації й дискримінації національних, етнічних, релігійних і мовних меншин, біженців, працівників мігрантів, іммігрантів і найменш соціально захищених груп у суспільстві, а також актами насильства й залякування окремих осіб, які реалізують своє право на свободу думки й переконань, що становить собою загрозу справі зміцнення миру й демократії на національному й міжнародному рівнях і перешкоду на шляху розвитку.

У сучасній юридичній літературі дії, що означають нетерпимість, стали позначатись терміном «мова ворожнечі», який є більш м'яким варіантом англословного «hate speech» (буквально – мова ненависті). За визначенням Міжнародної амністії, «мова ворожнечі» – це будь-який вираз або дія, що розпалює міжнаціональну, расову або релігійну ненависть і прямо або непрямо закликає до насильства, відмежування і нетолерантності. До мови ворожнечі зараховують образливі висловлювання і назви на адресу певного народу, нації, релігійної, мовної або іншої соціальної групи. Ратифікований Україною 21 липня 2006 р. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи, від 28 січня 2003 р. передбачив зобов'язання України криміналізувати дії, що полягають, зокрема, в умисній незаконній публічній образі особи (групи осіб) з мотивів її (їх) раси чи кольору шкіри, в розповсюдженні або наданні громадськості в інший спосіб доступу через комп'ютерні мережі до расистського чи ксенофобського матеріалу. При цьому результати соціологічних опитувань свідчать про поширення ксенофобських настроїв в українському суспільстві. Так, за даними дослідження «Права людини в Україні, рівень ксенофобії, ставлення до різних соціальних груп та регіональна толерантність», проведеного Київським міжнародним інститутом соціології в рамках співробітництва з Інститутом прав людини і запобігання екстремізму та ксенофобії у лютому 2011 р., рівень ксенофобії з 1994 до 2011 р. суттєво зріс. Найвищий рівень ксенофобії українці виявляють до індусів, кавказців, азіатів, африканців, арабів і циган.

На сьогодні є підстави констатувати все більш зростаючий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, що веде до значного інформаційного впливу на соціально-психологічне здоров'я суспільства. Вільний обіг інформації в мережі Інтернет створює можливості, коли людина фактично необмежено може переглядати твори, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію. Демонстрація і перегляд таких творів набули системного характеру і торкаються майже всього суспільства. Розширення інформаційного простору та інформаційного обміну з іншими державами, поширення супутникового телебачення, розвиток комп'ютерних, інформаційних систем супроводжуються не тільки зростанням культурно-комунікативних можливостей, а і поширенням серед населення через ці засоби масової інформації ідей та явищ, які вкрай негативно впливають на свідомість людей. Так, сприйняття сцен насильства і жорстокості є фактором агресивної поведінки, що поряд з іншими чинниками може викликати вчинення насильницьких злочинів проти особи.

¹ Захист відбувся 20 травня 2015 р. у Національній академії внутрішніх справ.

Протистояти такому негативному впливу на суспільство, його моральне благополуччя покликаний кримінальний закон загалом і ст. 300 КК України зокрема. Однак вести мову про ефективність цієї кримінально-правової заборони поки що не доводиться, у зв'язку з чим перед наукою постає завдання розробити відповідні рекомендації законодавцю і правозастосувачу.

Визначаючи наукову новизну дисертації І.М. Ткаченко, зауважу, що на монографічному рівні доктрина звертається до розглядуваної кримінально-правової проблематики не вперше. Однак переважна більшість відповідних монографічних досліджень ґрунтувалась на попередній редакції КК України і не враховувала вдосконалення правової підстави кримінально-правової протидії аналізованим посяганням, здійсненого відповідно до Закону України від 5 листопада 2009 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості». Наукова новизна дисертації І.М. Ткаченко вбачається у висуненні та обґрунтуванні авторського варіанту оптимізації кримінального законодавства України, покликаної протидіяти обігу продукції, що пропагує культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: охоплення кримінально-правовим поняттям переміщення творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, випадків перевезення вказаних предметів і доцільність виключення вказівки на таке перевезення з диспозиції ч. 1 ст. 300 КК України; особливо негативний вплив творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, на підростаюче покоління; значний рівень латентності досліджуваного злочину; оціночний характер творів як предмета злочину, передбаченого ст. 300 КК України, і зумовлені цим труднощі правозастосування; періодизацію розвитку кримінального законодавства України про відповідальність за незаконні дії з творами, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію; виокремлення двох родових об'єктів злочинів у межах розділу XII Особливої частини КК України «Злочини проти громадського порядку та моральності» і визнання об'єктом кримінально-правової охорони суспільної моральності; визнання безпосереднім об'єктом аналізованого злочину моральних засад суспільства у сфері розповсюдження інформації, спрямованої на забезпечення поваги до гідності особи та рівності громадян незалежно від їх расової, національної чи релігійної належності; охоплення диспозицією ст. 300 КК України випадків розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, в Інтернеті; можливість кваліфікації вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 300 і ст. 364 КК України; «прямоумисний» характер злочину, караного за ст. 300 КК України, і різноманітність мотивів, з якими може бути скоєний цей злочин; безпідставність інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» у випадку, якщо до складу групи, крім суб'єкта злочину, входять неосудні і ті, хто не досяг відповідного віку; доцільність уточнення санкцій ст. 300 КК України.

Зауваження.

1. Міркування дисертанта щодо предмета досліджуваного злочину та удосконалення його законодавчого описання виглядають незавершеними. Так, ваду кількох законопроектів, розроблюваних із метою вдосконалення кримінальної відповідальності за пропаганду насильства і жорстокості, І.М. Ткаченко вбачає в тому, що в них не закріплювалось поняття «твір, що пропагує культ насильства і жорстокості» (с. 54, 55). Здобувач також погоджується з висловленою в юридичній літературі (П.П. Сердюк) точкою зору, згідно з якою відсутність формалізованих критеріїв віднесення творів до таких, що пропагують вказаний культ, була основною причиною дуже млявого застосування ст. 211-1 попереднього КК (с. 50). Неодноразово і цілком слушно відзначається, що оціночний характер предмета злочину, передбаченого ст. 300 чинного КК України, породжує на практиці серйозні проблеми із застосуванням цієї кримінально-правової заборони (зокрема, у частині визнання таким предметом зображень, знятих за допомогою мобільних телефонів). На думку дисертанта, визначення предмета аналізованого злочину необхідно закріпити в примітці до ст. 300 КК України (с. 106). Однак у запропонованій в дисертації авторській редакції ст. 300 КК України (с. 200–201) ця ідея, реалізація якої, вочевидь, могла б мати позитивний вплив на ефективність кримінально-правової протидії обігу відповідної продукції, втілення чомусь не знаходить. Виходить, що, як і раніше, практики керуватимуться рекомендаціями, розробленими нещодавно ліквідованою Національною експертною комісією України з питань захисту суспільної моралі (с. 107–109), при тому, що юридична природа цього документа не зовсім зрозуміла (особливо нині), а вміщені в ньому критерії віднесення творів до таких, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, не відзначаються чіткістю і конкретністю. Показовим у цьому сенсі є висловлювання самої авторки про те, що під вказані критерії «підпадає значна кількість фільмів, що транслюються на телебаченні чи розповсюджуються у магазинах, на ринках, супермаркетах...» (с. 109).

У плані можливого вдосконалення законодавчого описання предмета злочину, передбаченого ст. 300 КК України, дисертанту також варто було оцінити доктринальні пропозиції щодо: визначення понять «про-

дукція, що містить пропаганду культу насильства і жорстокості» і «продукція (твори), що пропагує расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію» у Законі України «Про захист суспільної моралі» (А.В. Савченко, С.П. Репецький); відмови від згадування в тексті ст. 300 КК України терміну «культ» як перебільшено-сакралізованого (П.П. Сердюк, В.В. Кузнецов); доповнення диспозиції ч. 1 ст. 300 КК України (поряд із творами) альтернативною вказівкою на продукцію, зображення та інші предмети (М.І. Хавронюк, А.В. Савченко, С.П. Репецький) або взагалі заміни терміна «твори» терміном «продукція», що враховувало б термінологію Закону України «Про захист суспільної моралі» і невизнання предмета досліджуваного злочину творами як об'єктами авторського права і суміжних прав (П.П. Сердюк, В.В. Харченко).

2. Дисертант звернула занадто мало уваги на проблеми співвідношення незаконних дій з творами, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, із суміжними складами злочинів. Вважаю, що дослідження цих проблем дозволило б авторці виробити та надати працівникам правозастосовних органів низку потрібних рекомендацій для здійснення правильної кваліфікації скоєного. Зокрема, злочин, передбачений ст. 161 КК України «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань», з об'єктивної сторони може набувати вигляду у тому числі вчинення дій, спрямованих на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі і гідності. Зрозуміло, що однією з таких дій може бути розповсюдження певних матеріалів. Відповідно, постає питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 161 і ст. 300 КК України, як, до речі, і питання про дотримання законодавцем в цьому разі такого принципу криміналізації, як ненадмірність кримінально-правової заборони.

Відзначається складність, а тому потребувала розгляду в дисертації проблема співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 300 і ст. 176 КК України «Порушення авторського права і суміжних прав». З одного боку, використання в тексті ст. 300 КК цивільно-правового за своєю юридичною природою терміну «твори» наводить на думку про те, що в разі ввезення в Україну з метою збуту чи розповсюдження, або виготовлення, зберігання, перевезення чи іншого переміщення з тією самою метою, або збуту чи розповсюдження тих творів науки, літератури і мистецтва, які пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, вчинене за наявності підстав слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 176 і ст. 300 КК України. З іншого боку, в кримінально-правовій доктрині існує згаданий вище підхід, згідно з яким ст. 176 КК у розглядуваній ситуації застосуванню не підлягає (навіть за наявності правової охорони зазначених об'єктів за законодавством інших країн), адже створення (виготовлення) в Україні вказаної продукції не визнається інтелектуальною діяльністю, реалізацією конституційної гарантії громадян на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

3. Погоджуючись зі своїм науковим керівником, дисертант пише, що примушування до участі у створенні відповідних творів як більш суспільно небезпечний різновид поведінки (порівняно з іншими діями, вказаними в ч. 1 ст. 300 КК України) потребує закріплення як кваліфікуюча ознака складу досліджуваного злочину. Тому слова «а також примушування до участі в їх створенні» з диспозиції ч. 1 ст. 300 КК України слід виключити, водночас доповнивши диспозицію ч. 2 цієї статті зворотом «або примушування повнолітніх осіб до участі в їх створенні...» (с. 55, 126–127, 128). Позиція зрозуміла і загалом заперечень не викликає. Не зрозуміло, однак, чому тоді в авторській редакції ст. 300 КК України, наведених у загальних висновках дисертації (с. 200–201), як кваліфікуюча ознака фігурує «примушування неповнолітніх осіб до участі в їх створенні». Створюється враження, що примушування повнолітніх осіб до участі у створенні відповідної продукції «випало» зі сфери уваги здобувача. Не вдалося відшукати в тексті дисертації і переконливих пояснень того, чому примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, яке з погляду чинного законодавства є особливо кваліфікуючою ознакою складу досліджуваного злочину (ч. 3 ст. 300 КК), має трансформуватись у кваліфікуючу ознаку (ч. 2 пропонованої дисертантом редакції ст. 300 КК), а також чому зазначене примушування є менш суспільно небезпечним діянням порівняно з «примушуванням неповнолітніх до ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію» (ч. 3 пропонованої здобувачем редакції ст. 300 КК).

Позиція дисертанта щодо останнього примушування також потребує пояснень під час захисту. На переконання І.М. Ткаченко, охоплення диспозицією ч. 3 ст. 300 КК України примушування неповнолітніх до ввезення, виготовлення або розповсюдження відповідних творів «дозволить: 1) розширити коло дій, за які особу можна буде притягнути до кримінальної відповідальності у випадку втягнення неповнолітнього до вчинення злочину, передбаченого ст. 300 КК України; 2) виключити випадки не притягнення особи до кримінальної відповідальності за примушування неповнолітнього до ввезення в Україну, зберігання, переміщення з метою розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію; 3) ефективніше охороняти права й свободи неповнолітніх у сфері моральності» (с. 174–175, 193–194).

Але ж зазначене примушування і зараз визнається кримінально караним і підлягає кваліфікації як підбурювання до вчинення злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 300 КК України (згідно з ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем є особа, яка схилила іншого співучасника до вчинення злочину, зокрема, примусом). То чи варто посилювати казуїстичність кримінального закону? Вважаю, що дисертація лише виграла, якби її авторка висловила своє ставлення до доктринальної пропозиції (В.В. Дзундза) виключити з КК України спеціальні норми, присвячені втягненню неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність (ч. 3 ст. 300, ч. 3 ст. 301, ч. 3 ст. 303, ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 317 та ін.), зосередивши ознаки діянь, передбачених цими нормами, в загальній нормі – ст. 304 КК України. Вважається, що такий крок дозволить: набутти кримінальному закону точності, логічної завершеності і безпробільності; передбачити єдині для всіх видів втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність кваліфікуючі ознаки; оптимізувати санкції.

4. Здобувач є послідовним прибічником наукової позиції (її обстоюють, зокрема, такі дослідники, як С.Ф. Денисов, О.П. Рябчинська, П.П. Сердюк, А.В. Савченко, С.П. Репецький), згідно з якою поняття збуту творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, охоплюється поняттям розповсюдження вказаних творів. Відповідно, з тим, щоб уніфікувати законодавчу термінологію, з диспозиції ч. 1 ст. 300 КК України пропонується виключити термін «збут» (с. 55, 125–126, 127–128, 198). Не ставлячи під сумнів слушність викладеної позиції (у літературі, щоправда, з приводу співвідношення понять «збут» і «розповсюдження» існує і інша точка зору), водночас зауважу, що викладене не може слугувати достатнім поясненням того, чому у відповідній кримінально-правовій нормі – ч. 1 ст. 300 КК (с. 10–11, 200 дисертації) розповсюдження відповідних творів як одна з альтернативних злочинних дій взагалі не згадується. Нелогічність підходу дисертанта посилюється з огляду на те, що в ч. 2 авторської редакції ст. 300 КК України розповсюдження серед неповнолітніх творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, як ознака об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину виокремлюється (с. 200–201).

У контексті визначення можливих шляхів удосконалення досліджуваної кримінально-правової заборони дисертантка повинна була відреагувати на висловлену в юридичній літературі (М.І. Хавронюк, П.П. Сердюк та ін.) пропозицію виключити з диспозиції ч. 1 ст. 300 КК України вказівку на вчинювані з відповідною метою ввезення в Україну, виготовлення, зберігання і переміщення творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, як на дії, що фактично є готуванням до їх збуту чи розповсюдження (з урахуванням закріпленого в ч. 2 ст. 14 КК України положення про декриміналізацію готування до злочину невеликої тяжкості).

5. Неоднозначно сприймаються висловлювання дисертанта про те, що: суспільна думка в Україні щодо нетерпимості до розповсюдження творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, сформувалась відносно недавно; державні заходи щодо протидії такому негативному суспільно небезпечному явищу, як розповсюдження творів, що пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, є досить ефективними, а закріплення кримінальної відповідальності за незаконні дії зі вказаними творами – об'єктивною вимогою часу (с. 39). Адже сама І.М. Ткаченко вимушена констатувати значний рівень латентності досліджуваного злочину і не досить активне застосування ст. 300 КК України на практиці при розповсюдженні у сучасному суспільстві таких проявів поведінки, які підпадають під дію цієї кримінально-правової заборони. У цьому аспекті, до речі, викликає інтерес наведена в дисертації (с. 71) інформація про те, що в кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних країн (наприклад, Білорусь, Болгарія, Іспанія, Литва, Нідерланди, Росія) аналогів ст. 300 КК України немає. Якщо розповсюдження продукції, що пропагує расову, національну чи релігійну нетерпимість та уособлює «мову ненависті», заслуговує на криміналізацію, то ситуація з негативним ставленням суспільної думки в сьогоденній Україні до розповсюдження серед дорослих людей продукції, що пропагує насильство і жорстокість, не виглядає однозначною і принаймні потребує предметного вивчення на рівні спеціального кримінологічного дослідження.

6. Передбачену санкціями ст. 300 КК України (причому як чинної, так і авторської редакції цієї статті) конфіскацію творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, засобів їх виготовлення та розповсюдження дисертант розглядає як покарання (с. 178, 180–181, 190–191). Таке визначення правової природи вказаного заходу є дискусійним, а сам розгляд цього питання – занадто стислим (щоб не сказати – поверховим).

Більш-менш докладний аналіз законодавчих і доктринальних підходів щодо конфіскації окремих різновидів видів майна (а така конфіскація передбачена санкціями понад 60 статей Особливої частини КК України) здійснено мною в окремій публікації (див.: Дудоров О. Спеціальна конфіскація: проблеми законодавчої регламентації // Юридичний вісник України. – 6–19 грудня 2014 р. – № 49-50; 20 грудня 2014 р. – 2 січня 2015 р. – № 51-52; 3–23 січня 2015 р. – № 1-2). Тут зазначу лише, що аргументи на користь визнання вказаної конфіскації відмінним від покарання іншим кримінально-правовим наслідком вчиненого злочину (якщо ви-

користати термінологію ст. 3 КК України) видаються більш переконливими. При цьому фактично в чинному КК паралельно існують два види так званої спеціальної конфіскації: 1) конфіскація певних предметів, передбачена санкціями норм Особливої частини КК (крім її розділу XVIII; щоправда, такий правовий захід *de lege lata* не повинен називатись спеціальною конфіскацією; це стосується і ст. 300 КК); 2) конфіскація майна як захід кримінально-правового характеру, що застосовується до осіб, які вчинили корупційні злочини (спеціальна конфіскація у вузькому значенні цього поняття). Крім цього, на сьогодні безоплатне вилучення і передача в дохід держави знарядь, засобів або предметів злочину, грошей, цінностей, інших речей, нажитих (здобутих) злочинним шляхом, деяких інших різновидів майна, пов'язаних із вчиненням кримінально караних діянь, може здійснюватись на підставі норм КПК України, співвідношення яких з нормами КК є доволі заплутаним.

Незважаючи на те, що в 2013 р. в Україні був зроблений серйозний і загалом прогресивний крок на шляху утвердження матеріально-правової природи спеціальної конфіскації та її законодавчого закріплення як одного із кримінально-правових заходів, альтернативних покаранню, сьогоднішня законодавча регламентація спеціальної конфіскації не позбавлена вад. До них передусім варто віднести те, що законодавче визначення поняття спеціальної конфіскації (ст. 96-1 КК України), чомусь розраховане лише на окремі корупційні злочини, не узгоджується з іншими положеннями кримінального закону – а саме статтею 96-2 КК, яка закріплює випадки застосування спеціальної конфіскації і формулювання якої носять універсальний характер, а також із санкціями норм Особливої частини КК України (крім її розділу XVIII), які передбачають вилучення (конфіскацію) і знищення певних різновидів майна. Мені імпонує підтримувана багатьма вітчизняними дослідниками *de lege ferenda* ідея надання спеціальній конфіскації статусу заходу кримінально-правового характеру, врегульованого не Особливою, а Загальною частиною КК України.

Повертаючись безпосередньо до позиції здобувача з висвітлюваного питання, зауважу і таке. Із сформульованої Іриною Михайлівною редакції ст. 300 КК України випливає належність злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 2 цієї статті, до злочинів невеликої тяжкості, а злочину, передбаченого ч. 3 ст. 300 КК, – до злочинів середньої тяжкості (до речі, так само вирішується питання про класифікацію злочинів, описаних чинною редакцією ст. 300 КК України). Відповідно ж до ч. 2 ст. 59 КК конфіскація встановлюється лише за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини. У цьому вбачається вада обстоюваного дисертантом підходу. Нагадаю, що традиційно одним з аргументів на користь невизнання конфіскації окремих різновидів майна (на кшталт передбаченої в ст. 300 КК України) є те, що на такий правовий захід не поширюються умови встановлення конфіскації майна як виду покарання, закріплені в ч. 2 ст. 59 КК.

7. Вважаю некоректним висловлювання здобувача про те, що збут відповідних творів неповнолітнім, розповсюдження їх серед неповнолітніх і примушування неповнолітнього до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, можуть вчинятись і з необережності. «Це стосується випадків, коли винний повинен був усвідомлювати, що така особа не досягла повноліття» (с. 149). Визначаючи умисел та необережність, вітчизняний законодавець виходить із психічного ставлення особи лише до діяння (дії або бездіяльності) і до його суспільно небезпечних наслідків, а не до інших ознак складу злочину (ст. 24, ст. 25 КК України). Психічне ставлення особи до окремих об'єктивних ознак складу злочину не слід називати «умислом» або «необережністю», оскільки закон використовує ці поняття лише для узагальненої характеристики діяння у цілому (В.М. Кудрявцев). Тому щодо неповнолітнього віку особи, яка фігурує в ч. 2 і ч. 3 ст. 300 КК України, скоріш за все (доречніше), треба говорити не про умисел або необережність, а про знання чи усвідомлення (неусвідомлення). Використання понять умислу і необережності щодо віку потерпілої особи є умовним і доречним хіба що для зрозумілості оперування інформацією.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ К.А. НОВІКОВОЇ «ОБМЕЖЕННЯ ВОЛІ ЯК ВИД ПОКАРАННЯ»¹

Відповідаючи на питання, яку роль у боротьбі зі злочинністю відіграє покарання, М.І. Бажанов писав, що далеко не головну і лише допоміжну, оскільки перевагу слід надавати заходам економічного, політичного та організаційного характеру. Сказане в жодному разі не означає приниження тієї ролі, яку відіграє кримінальний закон і діяльність правоохоронних органів. Там, де заходи переконання у протидії злочинній поведінці не дають бажаного результату, держава вимушена застосовувати примус, включаючи покарання. Останнє залишається найбільш гострим інструментом для захисту людини, суспільства і держави від злочинних посягань. Протягом всієї історії свого розвитку людство наполегливо шукає оптимальний варіант справедливого покарання для порушників кримінально-правових заборон. Закріплена законодавством тієї чи іншої держави система покарань і практика їх застосування є показником морального та інтелектуального рівня суспільства. Нюанси кримінально-правової кваліфікації, тонкощі кримінально-правової характеристики окремих злочинів, інші проблеми Загальної та Особливої частин кримінального права значною мірою втрачають сенс, якщо за вчинений злочин не призначається справедливе покарання або якщо призначене покарання не виконується або виконується неналежним чином – без урахування принципів, закріплених кримінально-виконавчим законодавством.

Запровадження обмеження волі стало однією із серйозних новел КК України 2001 р. і водночас проявом наступності в розвитку вітчизняного кримінального законодавства. Попри очевидну прогресивність цього виду покарання, його законодавча регламентація не позбавлена вад (зокрема, мається на увазі неузгодженість окремих положень КК, КВК і КПК України), практика виконання пов'язана зі значними труднощами, а сподівання, які під час розроблення та ухвалення чинного КК покладались на обмеження волі як на гідну альтернативу позбавленню волі, з різних причин, на жаль, не виправдались. Як наочно показує дисертант, при тому, що майже у 38 % санкцій кримінально-правових норм згадується обмеження волі, питома вага засуджених, яким призначалось це покарання, з усієї кількості осіб, засуджених протягом дії КК України 2001р., у середньому становила всього трохи більше 2 %. За таких обставин кримінально-правова доктрина зобов'язана пояснити існуючий стан справ і, головне, запропонувати науково обґрунтовані шляхи зміни ситуації на краще, підвищення ефективності дії кримінального закону в цій частині.

Водночас, якщо критично і неупереджено оцінити стан вітчизняної юридичної літератури, ми побачимо, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. і до часу написання К.А. Новіковою своєї дисертації кримінально-правова проблематика обмеження волі як виду покарання розроблялась лише в навчальній літературі, науково-практичних коментарях КК України та окремих наукових публікаціях. Винятком є хіба що належна перу Ю.А. Пономаренка монографія про види покарань за кримінальним правом України (2009 р.), в якій обмеженню волі присвячено 20 сторінок. Цього недостатньо для належного наукового забезпечення тлумачення, застосування і, тим більше, вдосконалення положень Загальної та Особливої частини КК України, які регламентують обмеження волі як вид покарання.

Наукова новизна дисертації К.А. Новікової полягає в тому, що ця робота є першим у вітчизняній юридичній науці монографічним дослідженням, в якому розкривається кримінально-правова характеристика обмеження волі за чинним законодавством України та розроблена оригінальна доктринальна модель цього виду покарання, запровадження якої має на меті розв'язання проблем, пов'язаних із використанням обмеження волі при пеналізації злочинів, при його призначенні та в інших ситуаціях, передбачених законодавством.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: належність обмеження волі *de lege lata* і *de lege ferenda* до покарань, а не до інших заходів кримінально-правового характеру (впливу) і водночас перспективність ідеї «багатоколійності» кримінально-правового впливу; внутрішню суперечливість обмеження волі як виду покарання, віднесеного законодавцем до альтернатив позбавленню волі; зміст специфічних правообмежень, притаманних обмеженню волі як виду покарання; закріплення в зарубіжному кримінальному законодавстві трьох моделей обмеження волі; самостійний і комплексний характер обмеження волі як виду покарання, безпідставність визнання його різновидом позбавлення волі та меншу суворість обмеження волі порівняно з арештом; доцільність законодавчого перегляду строків обмеження волі; необхідність модернізації видів покарань, розрахованих на неповнолітніх; відмінність пеналізації від призначення покарання, а потенційної кримінальної відповідальності – від реальної; нелогічність законодавчого підходу, згідно з яким санкції ст. 390 КК України, яка визнає злочином ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі, передбачають такий вид покарання, як обмеження волі; необхідність усунути існуючу наразі і не пов'язану із застосуванням ст. 69 КК України можливість призначення обмеження волі за вчинення тяжких злочинів; доцільність конструювання санкцій кримінально-правових норм як альтернативних; не-правильність приєднання більш суворого додаткового покарання до менш суворого основного покарання;

¹ Захист відбувся 18 червня 2015 р. у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого.

виваженість позначення досліджуваного виду покарання як обмеження свободи; недоречність використання в санкціях кримінально-правових норм формулювання «на той самий строк»; неправильність ототожнення принципів призначення покарання і загальних засад призначення покарання; належність обмеження волі до замінюваних і замінних покарань; медіанну санкції кримінально-правової норми як величину, з якої первісно має виходити суд при обранні міри покарання.

За результатами проведеної роботи здобувач розробила цілісний законопроект під назвою «Про внесення змін до Загальної частини КК України (щодо обмеження волі як виду покарання)» (с. 299–302), прийняття якого покликане втілити в життя ідею комбінованої моделі обмеження волі та який (навіть при неоднозначності окремих його положень) цілком заслуговує на те, щоб стати предметом фахового обговорення в парламенті.

Зауваження.

1. Із тим, щоб реалізувати заявлену і послідовно обстоювану комбіновану (компромісну) модель обмеження волі, дисертант пропонує виключити з КК України ст. 61, водночас доповнивши цей Кодекс ст. 58-1 «Обмеження волі» (с. 199, 300). Окремі положення її редакції видаються дискусійними. Так, здобувач наполягає на тому, що бажана (комбінована) модель обмеження волі має поєднувати в собі два види правообмежень – тримання особи у відповідній кримінально-виконавчій установі у вихідні і святкові дні та обмеження свободи вибору місця проживання, роду заняття та організації вільного часу в дні, вільні від перебування в кримінально-виконавчій установі (с. 64–66, 92–93 та ін.). Усупереч цьому із сформульованої в дисертації редакції ст. 58-1 КК України випливає, що другий вид правообмежень поняттям обмеження волі як виду покарання не охоплюється. Адже відповідно до ч. 1 вказаної статті як норми, що містить визначення цього поняття, покарання у виді обмеження волі полягає (треба так розуміти – саме і тільки) у триманні особи у відповідній кримінально-виконавчій установі в певні дні із залученням до праці або без такого. Отже, наведене в дисертації *de lege ferenda* визначення обмеження волі як виду покарання варто уточнити.

Далі. Здобувач не вважає за потрібне в ст. 58-1, запропонованій до включення до КК України, конкретизувати другу групу правообмежень, притаманних обмеженню волі як виду покарання, виходячи з того, що відповідні положення матеріального кримінального права (щодо характеру обмежень свободи вибору місця проживання, роду заняття та організації вільного часу) розвиватимуться в кримінально-виконавчому праві (с. 67). Позиція зрозуміла, проте повністю підтримати її складно, оскільки вона не зовсім узгоджується з усталеними уявленнями про співвідношення кримінального і кримінально-виконавчого права: якщо норми останнього регулюють порядок та умови виконання (відбування) покарань, то підстави, межі і порядок призначення покарання, як і суть обмежень прав і свобод засудженої людини, що становлять зміст покарань, повинні визначатися нормами кримінального права. У зв'язку з цим вважаю, що характер розглядуваних правообмежень, які поряд з іншими правообмеженнями становитимуть (у разі сприйняття законодавцем ідеї здобувача) кримінально-правовий зміст відповідного виду покарання, потребує закріплення в статті КК України, присвяченій обмеженню волі. На користь цього вказує і наведена в дисертації інформація про те, що правообмеження, подібні до тих, які пропонуються включити в зміст оновленого обмеження волі як виду покарання, знаходять відображення саме в кримінальному законодавстві інших країн (наприклад, с. 40–41, 44–50). Про те, що змістовно можуть означати обмеження прав засуджених до обмеження волі в час, вільний від перебування у кримінально-виконавчих установах відкритого типу, пише і дисертант (с. 66, 93 та ін.). Поставлю для обговорення і таке питання: наскільки «вписується» в обмеження волі (у сенсі обмеження особистої свободи людини) як вид покарання таке правообмеження, як згадувана здобувачем (с. 79) заборона змінювати місце роботи або навчання?

2. Дисертант цілком справедливо наголошує на тому, що захід примусу, який претендує на визнання його покаранням, має відповідати, зокрема, фінансово-економічним та організаційно-кадровим можливостям держави (с. 61, 64–65 та ін.). Чи відповідатиме таким можливостям запропонована К.А. Новіковою модель обмеження волі? Не впевнений у цьому. Адже у випадку реалізації авторської моделі кримінально-виконавчої установи відкритого типу, так би мовити, повноцінно (маю на увазі з контингентом засуджених) функціонуватимуть лише в святкові і вихідні дні; причому засуджені зовсім не обов'язково працюватимуть (це буде вирішувати суд). Якщо і за діючої моделі обмеження волі існують серйозні труднощі із завантаженням осіб, засуджених до обмеження волі, роботою, то можна з легкістю спрогнозувати ще більші труднощі, якщо працю засуджених необхідно буде організовувати лише у вихідні і святкові дні. Це, до речі, явно не сприятиме наповненню згадуваного здобувачем (с. 30–31) фонду, за рахунок коштів якого мала б відшкодовуватись шкода, завдана потерпілим від злочинів. Взагалі з приводу змістовного наповнення і перспектив реалізації такого правообмеження, як «тримання особи в кримінально-виконавчій установі відкритого типу у вихідні і святкові дні з залученням до праці або без такого», а отже, очікуваної ефективності запропонованої моделі обмеження волі дисертанту варто було б вивчити думку працівників виправних центрів, провівши серед них опитування.

Як випливає з дисертації, одним з основних аргументів на користь запровадження комбінованої (компромісної, складеної) моделі обмеження волі є теза про те, що це покарання у моделі «залишення в суспіль-

стві» є, скоріш за все, відмінним від покарання іншим заходом кримінально-правового характеру, який не переслідує кару засудженого (с. 57–58, 64 та ін.). Вважаю, що така постановка питання зобов'язувала дисертанта не просто згадати, як це зроблено в роботі (с. 87, 89), а провести змістовну дискусію з тими вітчизняними дослідниками, які запропонували встановити спеціальні види покарань для неповнолітніх – молодіжний арешт (В.М. Бурдін), домашній арешт (О.С. Яцун), обмеження для неповнолітніх (А.Ю. Коновалова). Адже ці науковці виходили з того, що відповідні правообмеження (на кшталт заборони відвідувати певні місця та обмеження пересування) цілком достатні для того, щоб вважатись карою для неповнолітніх, а не просто, наприклад, заходом нагляду за ними.

3. До положень наукової новизни, сформульованих вперше, дисертант віднесла положення про доведеність необхідності врахування при призначенні покарання (будь-якого, а не тільки обмеження волі) акцентуації характеру особи винного (с. 9). Із цього приводу в роботі можна прочитати, зокрема, таке: «Враховуючи акцентуацію характеру особи винного при призначенні ... покарання, слід виходити з того, що особі з реалістичним (матеріалістичним) світоглядом можна призначати покарання, пов'язані з ізоляцією від суспільства. Що ж стосується осіб з ідеалістичним світоглядом, то щодо них з обережністю слід застосовувати покарання, пов'язані з ізоляцією від суспільства, оскільки не буде досягнута мета покарання» (с. 172, 194). При цьому в юридичній літературі (включаючи підручники із Загальної частини кримінального права) загальноновизнаним є положення про те, що психологічні властивості особи винного, яка підлягає врахуванню при призначенні покарання відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, включають в себе, зокрема, характер особи, її темперамент, ставлення до людей, суспільства, життя. За таких обставин коректніше було б розташувати розглядуване положення наукової новизни в рубриці «удосконалено» чи «набуло подальшого розвитку», вказавши в ньому на охоплення поняттям особи винного при призначенні покарання акцентуації характеру цієї особи і конкретизувавши в такий спосіб відповідну загальну zásadu призначення покарання.

Зверну увагу і на те, що акцентуацію характеру особи, про яку веде мову дисертант і в межах якої фахівці виокремлюють типові характерологічні особливості людини – сангвінік, епілептоїд, астенік, психастенік, педант, психопат тощо (с. 171 дисертації), навряд чи правильно пов'язувати зі світоглядом людини. Останній визначається у довідковій літературі як система уявлень про світ і місце в ньому людини, про ставлення людини до оточуючої її дійсності і до самої себе, а також як обумовлені цими уявленнями основні життєві позиції та установки людей, їх переконання, ідеали, принципи, ціннісні орієнтації тощо. Вважаю, що матеріалістичний чи ідеалістичний світогляд людини не слід, як це робить здобувач, ставити у залежність від психологічних типів людини і навпаки. У будь-якому разі ця фундаментальна і загалом не кримінально-правова проблема потребує окремого дослідження.

4. Услід за своїм науковим керівником дисертант називає обмеження волі, закріплене чинним КК України як самостійний вид покарання, правонаступником передбаченого КК України 1960 р. різновиду позбавлення волі з відбуванням його в колоніях-поселеннях (с. 18). Стверджується, що «У радянському кримінальному законодавстві другої половини ХХ ст. те, що сьогодні визначається позбавленням волі, фактично охоплювалось позбавленням волі, а точніше особливою формою відбування позбавлення волі у колоніях-поселеннях» (с. 92). Вважаю, що ці висловлювання потребують уточнення. Обмеження волі має визнаватись правонаступником не лише вказаного здобувачем різновиду позбавлення волі, а і правових заходів, передбачених ст. 25-1 «Умовне засудження до позбавлення волі з обов'язковим залученням засудженого до праці» і ст. 52-2 «Умовне звільнення з місць позбавлення волі з обов'язковим залученням засудженого до праці» КК України 1960 р. і, до речі, згадуваних дисертантом (с. 14–16). Місцем виконання цих заходів були не колонії-поселення, а так звані спецкомендатури. Та обставина, що на момент набрання чинності КК України 2001 р. ст. 25-1 і ст. 52-2 попереднього КК не діяли (їх застосування було зупинено постановою Верховної Ради України від 16 травня 1992 р. до прийняття нового КК), не може поставити під сумнів роль цих кримінально-правових приписів як такого собі прообразу (на мій погляд, основного) ст. 61 чинного КК України «Обмеження волі».

5. У тексті роботи зустрічаються і інші не зовсім вдалі висловлювання.

Так, це стосується формулювання, використаного здобувачем при визначенні мети дисертації, – «з'ясування правової природи обмеження волі як виду покарання» (с. 6). Адже зі змісту дисертації і, зокрема, назви її першого розділу однозначно випливає, що обмеження волі – ніщо інше як вид покарання. Вочевидь, варто було написати інакше, наприклад, приблизно так: «з'ясування правової природи обмеження волі як одного із заходів кримінально-правового впливу (варіант: одного із кримінально-правових заходів)».

Позбавленою однозначності є позиція дисертанта з питання, чи слід називати примусовою працю, якою займаються особи, засуджені до обмеження волі (с. 31 – 32, 41, 66 та ін.).

Здобувач пише, що, незважаючи на позначення відповідних обставин у КК як обставин, які обтяжують або пом'якшують покарання, «насправді вони обтяжують або пом'якшують суспільну небезпечність вчинюваного злочину» (с. 174). Однак змістовно обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, можуть бути поділені на такі, що характеризують злочин як явище об'єктивної дійсності (наприклад, тяжкі наслідки, завдані злочи-

ном, вчинення злочину загальнонебезпечним способом), особу винного (з'явлення із зізнанням, вчинення злочину жінкою у стані вагітності тощо) або злочин та особу винного одночасно (зокрема, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин). Стосовно часу їх формування, то згадані обставини можуть виникати і після вчинення злочину, за який особі призначається покарання. Наприклад, до обставин, які пом'якшують покарання і належать при цьому до посткримінальної поведінки винного, можуть бути віднесені активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданого збитку, надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину. Названі обставини, не впливаючи на суспільну небезпеку вчиненого злочину, засвідчують зміну суспільної небезпеки особи винного, а отже, характеризують цю особу.

Дисертант неодноразово вказує на застосування судом покарання, в тому числі обмеження волі, а розділ 3 має назву «Застосування обмеження волі». Однак застосування покарання традиційно вважається більш широким поняттям, ніж призначення покарання, оскільки охоплює і врегульоване кримінально-виконавчим законодавством виконання (відбування) призначеного судом покарання.

Підтримувана здобувачем точка зору, згідно з якою потерпілий як особа, яка не є учасником матеріальних кримінально-правових відносин, не вправі впливати на вид і міру покарання (с. 24, 30), не враховує особливостей призначення покарання на підставі угод, запроваджених КПК України 2012 р. Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України у випадку затвердження вироком, зокрема, угоди про примирення (а вона укладається між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим) суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди.

Висловлюючись за уточнення визначення поняття обмеження волі в існуючій моделі цього виду покарання, авторка вказує на обмеження свободи засудженого, зокрема, шляхом неповної ізоляції його від суспільства у кримінально-виконавчих установах відкритого типу (с. 33, 92). Комбінована модель обмеження волі пов'язується авторкою з режимом «напівсвободи»: особа частину цього покарання відбуває в суспільстві (без ізоляції від суспільства), а іншу частину – з вилученням з нього (з ізоляцією від суспільства) (с. 8–9, 196). Розумію, що дисертант оперує усталеною термінологією, у тому числі закріпленою в законодавчому порядку. Разом з тим чи не повинні ми, науковці, критичніше ставитись до цієї термінології? Адже складається хибне і загалом неприйнятне враження про те, що контингент засуджених, які перебувають у відповідних кримінально-виконавчих установах, і персонал цих установ не є частиною суспільства.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ А.В. АЙДИНЯН «ФАКТИЧНА ПОМИЛКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ОСНОВНІ ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ»¹

Людині властиво помилятися, і ця очевидна істина не може не стосуватись тих різновидів людської поведінки, які вивчаються кримінальним правом. Не дивлячись на належність проблематики помилки (як юридичної, так і фактичної) до числа традиційних для кримінально-правової науки й активно досліджуваних, чимало її аспектів залишаються дискусійними (поняття та ознаки помилки, її предмет і види, співвідношення помилки з іншими кримінально-правовими явищами, вплив окремих її видів на кримінально-правову кваліфікацію тощо). Достатньо пригадати, що з питання кваліфікації вбивства, вчиненого особою, яка під час посягання на життя потерпілого помилково вважає, що останній має юридично значущу ознаку, з якою закон пов'язує посилену кримінальну відповідальність, існує чотири різні доктринальні підходи. І тривають ці теоретичні дискусії на фоні притаманних чинному КК України фрагментарності і безсистемності щодо регламентації проявів фактичної помилки та, як наслідок, непослідовної і суперечливої судової практики. Проблема неоднаковості відповідної правозастосовної практики серйозно загострюється через зрозумілу складність встановлення та оцінки суб'єктивної (внутрішньої) сторони діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони. Відомо, що досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого діяння є відносним і залежить як від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, так і від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей тощо.

За таких обставин закономірно постає питання, чи правильно вчинив вітчизняний законодавець, який, продовживши традицію кримінальних кодексів 1922, 1927 і 1960 рр., не передбачив у чинному КК України загальну норму, присвячену фактичній помилці та її кримінально-правовим наслідкам, і закріпив лише окремі положення, які можуть слугувати нормативними орієнтирами при оцінці певних проявів фактичної помилки. Щоправда, і зазначене питання, виважене і конструктивну відповідь на яке можна дати лише за результатами повноцінного монографічного дослідження, належить у кримінально-правовій науці до числа спірних. Показовою в цьому сенсі є та обставина, що у відгуках офіційних опонентів А.А. Музики та О.М. Литвинова на кандидатську дисертацію О.Д. Комарова «Фактична помилка в кримінальному праві України та її значення для кримінальної відповідальності» (Харків, 2015 р.) із питання потрібності законодавчої конструкції фактичної помилки відображено діаметрально протилежні підходи.

Заслужують на увагу добре продумані і послідовно реалізовані в дисертації алгоритми наукового дослідження, по-перше, тих положень КК України, які можуть охоплювати ситуації з фактичною помилкою (с. 116), по-друге, ситуацій із правозастосовної практики, що включають в себе різновиди фактичної помилки, врахування яких позбавлене однозначності (с. 160).

У висновках дисертації (с. 201–203) і в одному з додатків (с. 311–313) наводяться конкретні пропозиції, які спрямовані на усунення існуючих проблем врахування фактичної помилки при застосуванні кримінального закону, які (пропозиції) є закономірним підсумком проведеного дослідження та щодо яких зроблено необхідні пояснення (с. 147–148). Йдеться про: 1) доповнення КК України статтями 25-1 «Фактична помилка», 25-2 «Правові наслідки фактичної помилки», 30-1 «Фактична помилка щодо обставин, які стосуються співучасті у злочині», 43-1 «Фактична помилка щодо наявності обставин, що виключає злочинність діяння»; 2) уточнення назви розділу V Загальної частини КК України; 3) доповнення статей 66 і 67 КК України положеннями, присвяченими фактичній помилці; 4) виключення з КК України ст. 37 «Уявна оборона».

У дисертації також сформульовані авторські правозастосовні орієнтири щодо найбільш розповсюджених на практиці проблемних ситуацій, які включають фактичну помилку. Йдеться про помилки стосовно: віку особи, потерпілої від зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність (с. 165); перебування потерпілої від вбивства в стані вагітності (с. 172); розвитку причинного зв'язку при заподіянні особі смерті (с. 177); наявності обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання (с. 191, 193). Відповідні роз'яснення з поясненнями та викладенням матеріалів судової практики, аналіз яких передував формулюванню цих узагальнених правозастосовних орієнтирів, бажано опублікувати у вигляді окремих методичних рекомендацій; вважаю, що останні будуть активно затребувані правозастосувачами.

Визначаючи наукову новизну дисертації А.В. Айдинян, слід відзначити, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. кримінально-правова доктрина на дисертаційному рівні не вперше звертається до проблематики фактичної помилки в кримінальному праві. Як уже було сказано, минулого року в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого була захищена кандидатська дисертація О.Д. Комарова на тему «Фактична помилка в кримінальному праві України та її значення для кримінальної відповідальності».

¹ Захист відбувся 2 червня 2016 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка.

Однак якщо ініційовані О.Д. Комаровим за результатами свого дослідження зміни до КК України носять точковий характер і тому не спроможні усунути згадані фрагментарність і безсистемність щодо регламентації проявів фактичної помилки, притаманні чинному КК України, то А.В. Айдинян з метою розв'язання цієї складної проблеми розробила та обґрунтувала цілісну доктринальну модель регулювання фактичної помилки, яка, на її думку, є оптимальною для КК України. Вказана модель включає в себе: 1) загальні положення щодо фактичної помилки; 2) конкретні положення щодо фактичної помилки, які стосуються окремих ситуацій; 3) узгодження різних нормативних положень між собою. При цьому здобувач не обмежилась розробленням відповідних законодавчих орієнтирів, а, як вже зазначалось, з урахуванням здобутків кримінально-правової науки сформулювала авторську редакцію узагальнених правозастосовних орієнтирів щодо найбільш поширених на практиці проблемних ситуацій, що включають фактичну помилку.

До положень дисертації, які мають елементи новизни, належать, зокрема, такі результати дослідження: 1) запропоновано визначення поняття фактичної помилки у кримінальному праві як неправильної оцінки особою під час вчинення діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони, фактичної обставини об'єктивного характеру, що має кримінально-правове значення; 2) у межах систематизації фактичних помилок, що усувають злочинність діяння, виокремлено ті, що виключають вину, і ті, що виключають кримінальну протиправність; 3) доведено, що поєднання кількох характеристик в одній фактичній помилці може впливати на її кримінально-правові наслідки по-різному: в одних випадках воно може справляти так званий кумулятивний ефект (правовий наслідок помилки залежить від поєднання певних її характеристик); в інших випадках для визначення правового наслідку пріоритетною має визнаватись одна з характеристик фактичної помилки; 4) виокремлено три основні моделі регламентації фактичної помилки в кримінальному праві іноземних держав: а) та, що передбачає лише загальні норми; б) та, що передбачає лише спеціальні норми; в) та, що поєднує загальні і спеціальні норми; обґрунтовано, що оптимальною для кримінального права України є третя з вказаних моделей; 5) удосконалено: орієнтири щодо визначення співвідношення фактичної помилки з юридичною помилкою, виною, казусом та відхиленням дії; підходи до врахування фактичних помилок при призначенні покарання; аргументи на користь того, що в ситуації *dolus generalis* наявні дві фактичні помилки, які обумовлюють різне психічне ставлення суб'єкта до вчинюваних ним діянь; б) набули подальшого розвитку: послідовне використання критеріїв для багатоступеневої систематизації фактичних помилок; доктринальні підходи до визначення тих положень різних інститутів кримінального права, які можуть бути нормативними орієнтирами для оцінки ситуацій, що включають фактичну помилку; визначення прийнятних і хибних варіантів кримінально-правової оцінки ситуації, яка включає фактичну помилку щодо наявності співучасті.

Поділяю міркування дисертанта про: умовність усталеного словосполучення «помилка у кримінальному праві»; доцільність визначення фактичної помилки через використання словосполучення «неправильна оцінка»; визнання предметом фактичної помилки не лише тих фактичних обставин об'єктивного характеру, що кореспондують зі складом злочину; поділ характеристик фактичної помилки на «внутрішні» і «зовнішні»; предмет як головний критерій розмежування юридичної і фактичної помилок і водночас проблематичність такого розмежування у випадках, коли особа неправильно оцінює положення некримінального закону; знаходження фактичної помилки, з одного боку, та умислу, необережності і казусу, з іншого, у співвідношенні «часткового перетинання»; потрібність традиційного поділу фактичних помилок на вибачливі і невибачливі; поділ фактичних помилок за критерієм їх кримінально-правових наслідків на такі, що впливають на кримінально-правову кваліфікацію та на обрання заходів кримінально-правового характеру; поділ положень чинного КК України за особливостями їх змісту в частині регламентації фактичної помилки на положення: які прямо передбачають фактичну помилку; які прямо фактичну помилку не передбачають, однак можуть бути нормативними орієнтирами щодо неї; зміст яких щодо фактичної помилки є проблемними; кримінально-правове значення фактичної помилки в ситуації уявної оборони; обумовленість кримінальної відповідальності за необережний злочин лише невибачливою помилкою; безпідставність пов'язування з фактичною помилкою законодавчого положення про перевищення меж необхідної оборони і водночас охоплення фактичної помилки ситуаціями, описаними в ч. 4 ст. 36 і ч. 3 ст. 39 КК України; визнання предметом неправильної оцінки, закладеної в ч. 5 ст. 41 КК України, не лише фактичної обставини, а і норми закону.

Зауваження.

1. Із визначення фактичної помилки, запропонованого дисертантом (с. 8, 31, 33, 199 та ін.), випливає, що її предметом є та фактична обставина об'єктивного характеру, що має кримінально-правове значення. Однак під час вчинення діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони, особа може неправильно оцінювати фактичну обставину об'єктивного характеру, яка не має кримінально-правового значення (наприклад, злочинець помиляється в належності майна, що викрадається, конкретній особі або вбивця помиляється в особі потерпілого при тому, що «фактичний» і «запланований» потерпілі є, так би мовити, рівноцінними з погляду кримінального закону). Як зазначає дисертант (с. 189), ще М.С. Таганцев писав,

що злочинець може помилятися щодо фактичних обставин, які не мають значення ні для складу злочинного діяння, ні для його караності. Виходить, що сформульоване дисертантом визначення фактичної помилки на-вряд чи може бути визнане універсальним, оскільки не охоплює нерелевантну фактичну помилку (помилку, яка не має кримінально-правового значення). Відображати останню в тексті кримінального закону сенсу, воче-видь, немає, і в цьому дисертант має рацію (с. 201, 311); разом з тим доктринальне визначення відповідного поняття має бути по можливості повним.

2. Позиція дисертанта з питання про вплив на кримінально-правову кваліфікацію негативної невинуватливої помилки щодо віку потерпілої особи виглядає непослідовною. Спочатку авторка висловлюється за зміну відповідних правозастосовних орієнтирів, виходячи з того, що не лише вибачлива, а і невинуватлива негативна помилка щодо віку потерпілої особи обумовлює неусвідомлення відповідної об'єктивної ознаки, а тому зміс-том умислу охоплюватись не повинна (с. 163–164). Нагадаю, що позиція Пленуму Верховного Суду України (п. 10 постанови від 30 березня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевіої свободи та статевіої недоторканності особи»), який стосовно неповнолітнього і малолітнього віку потерпі-лого від зґвалтування і насильницького задоволення статевіої пристрасті неприродним способом допускає «необережність», переважною більшістю вітчизняних науковців визнається теоретично необґрунтованою на тій підставі, що в складі умисного злочину кожна його об'єктивна ознака (у тому числі вік потерпілої особи як невід'ємна характеристика об'єкта посягання) має усвідомлюватись суб'єктом злочину, у зв'язку з чим змішаного психічного ставлення тут бути не може.

Сприймаючи такий підхід, дисертант вважає, що відповідне роз'яснення Пленуму ВССУ повинне мати такий вигляд: «Кримінальна відповідальність за вчинення зґвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи або насильницького задоволення статевіої пристрасті неприродним способом щодо такої настає лише за умови, якщо винний знав про вік потерпілої особи, припускав, що вона може бути неповнолітньою чи малолітньою, або ця обставина для нього не мала значення. Неповнолітній або малолітній вік потерпілої особи не може бути підставою для кваліфікації зґвалтування та насильницького задоволення статевіої пристрасті неприрод-ним способом за частиною третьою чи четвертою статті 152 КК або частиною другою чи третьою статті 153 КК, якщо буде встановлено, що винна особа помилково вважала, що потерпіла досягла неповнолітнього чи малолітнього віку» (с. 165). Подібне роз'яснення пропонується дати і щодо кваліфікації втягнення неповно-літнього в злочин діяльність (с. 165). Як бачимо, А.В. Айдинян вважає, що будь-яка негативна помилка щодо віку потерпілої особи (як вибачлива, так і невинуватлива) повинна виключати інкримінування ознак складів вказаних злочинів, пов'язаних із цим віком.

Водночас у межах пропонованої для включення в КК України ст. 25-2 зазначається таке: «Фактична помилка щодо відсутності обставини, з якою цей Кодекс пов'язує несприятливі для особи кримінально-правові наслідки, якщо особа повинна була і могла усвідомлювати наявність такої обставини, може потягти їх настання лише у випадках, передбачених цим Кодексом» (с. 202). Звідси, на мою думку, випливає протилежне: за невинуватливої негативної помилки щодо неповнолітнього або малолітнього віку потерпілої особи (інакше кажучи, «необережності» щодо цього віку) відповідні ознаки складів злочинів, передбачених статтями 152, 153, 304 КК України, можуть бути інкриміновані винуватому.

3. Окремі зауваження викликають формулювання законодавчих новел, ініційованих дисертантом. Так, у ч. 2 ст. 25-1 КК України пропонується зазначати, що питання про кримінальну відповідальність особи, яка вчинила діяння за наявності фактичної помилки, вирішується відповідно до положень, передбачених статтею 25-2 та іншими статтями цього Кодексу (с. 201). При цьому здобувач не виключає вплив фактичної помилки на обрання заходів кримінально-правового характеру, застосування деяких з яких «виходить» за межі реалізації кримінальної відповідальності. Виходить, що формулювання «питання про кримінальну відповідальність особи...» слід замінити на більш точний зворот. Тим більше, що в ч. 1 ст. 25-2 КК України пропонується прямо зазначити про можливість врахування фактичної помилки у тому числі при обранні заходів кримінально-пра-вового характеру (с. 201).

У жодному разі не применшуючи розумових здібностей правозастосувачів, вважаю, що присвячені вра-хуванню фактичної помилки орієнтири, якщо вже доповнювати ними чинний КК України, мають бути викла-дені зрозуміліше (простіше), ніж це пропонує зробити дисертант. Наразі ретельно продумані формулювання доктринальних моделей статей 25-2, 30-1 і змін до статей 66, 67 КК України виглядають занадто складними для сприйняття і більше нагадують текст монографії, ніж текст «потенційного» кримінального закону. У цьому сенсі в кращий бік відрізняється розроблена А.В. Айдинян модель ст. 43-1 «Фактична помилка щодо наявності обставини, що виключає злочинність діяння», де задіяна термінологія, яка подібна до тієї, що використо-вується в тексті чинної редакції ст. 37 КК України «Уявна оборона», та якій (термінології), як це встановила дисертант за результатами вивчення матеріалів судової практики, надають перевагу правозастосувачі. На те, що положення, якими пропонується доповнити КК України, потребують редагування і, на моє переконання, спрощення, вказують і тексти відповідних законодавчих приписів інших держав (с. 242–310).

Висловлю також сумнів у тому, що доповнення КК України ст. 25-1 і ст. 25-2 у редакціях, розроблених здобувачем, дозволить (за умови рекомендаційного характеру відповідних роз'яснень Пленуму ВССУ, якщо такі будуть прийняті) уніфікувати правозастосовну практику у тих докладно висвітлених у дисертації неоднозначних ситуаціях, в яких треба давати кримінально-правову оцінку за наявності позитивної фактичної помилки щодо спеціальних ознак потерпілої особи і фактичної помилки щодо причинного зв'язку (*dolus generalis*).

4. Дисертант вказує на те, що неправильна оцінка певної фактичної обставини може зумовлювати кваліфікацію вчиненого діяння як замаху на злочин (зокрема, с. 128, 170–172). Дискутуючи при цьому з деякими дослідниками, які ставлять під сумнів правильність зазначеного підходу з огляду на обов'язковість у такому разі пом'якшення покарання, авторка пише, що проблеми караності не повинні впливати на кримінально-правову кваліфікацію скоєного (с. 175–176). Загалом погоджуючись з міркуваннями А.В. Айдинян як послідовної прибічниці «чистоти» кримінально-правової кваліфікації, водночас зауважу, що закріплені в ст. 68 КК України особливості призначення покарання за незакінчений злочин (зокрема, покарання за замах не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК) зобов'язували дисертанта розглянути позначену проблему більш комплексно. Тим більше, що дисертація присвячена проблемам впливу фактичної помилки не тільки на кримінально-правову кваліфікацію, а і на обрання заходів кримінально-правового характеру (включаючи призначення покарання), а в юридичній літературі запроваджене законодавцем у 2008 р. положення про обов'язковість (а не факультативність, як раніше) пом'якшення покарання за незакінчений злочин не отримало одностайного схвалення.

З урахуванням того, що кваліфікація вчиненого саме і тільки як замаху на злочин при відповідних проявах фактичної помилки є найбільш виваженою (дотримується принцип суб'єктивного інкримінування і водночас виключається подвійне врахування одного і того ж діяння), а також того, що правила кваліфікації злочинів повинні «вписуватись» у механізм кримінально-правового регулювання, зокрема, сприяючи належній диференціації кримінальної відповідальності, у доктрині існує підхід, згідно з яким варто на законодавчому рівні відмовитись від застосування правила, передбаченого ч. 3 ст. 68 КК України, щодо відповідних різновидів замаху на злочин. Так, О.Д. Комаров, виходячи з того, що визнання злочину незакінченим через фактичну помилку не завжди свідчить про менший ступінь суспільної небезпечності діяння порівняно із закінченим злочином, ініціював внесення змін до ч. 3 ст. 68 КК України, які б надавали суду право (а не покладали обов'язок, як зараз) знижувати розмір (строк) найбільш суворого виду покарання за замах на злочин у цьому разі. Ще одним можливим варіантом вирішення проблеми, на думку згаданого дослідника, є доповнення ст. 68 КК України приміткою, згідно з якою суд, умотивувавши своє рішення у вирокі, має право не застосовувати положення ч. 3 цієї статті у випадках, коли злочин не було доведено до кінця через фактичну помилку винного. Оскільки в дисертації А.В. Айдинян не висловила свого ставлення до викладеного підходу, сподіваюсь на те, що це буде зроблено під час захисту.

5. Не всі міркування дисертанта щодо врахування фактичної помилки при призначенні покарання сприймаються однозначно. Так, здобувач висловлюється за те, щоб сформулювати у відповідній постанові Пленуму ВССУ роз'яснення, згідно з яким якщо під час вчинення злочину суб'єкт не усвідомлює наявність обставини, передбаченої ч. 1 ст. 67 КК України, її врахування як такої, що обтяжує покарання, виключається. При цьому така обставина може бути врахована як показник ступеню тяжкості вчиненого злочину відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України (с. 191, 195–196, 198).

Сприймаючи тезу дисертанта про можливість врахування невинуватості фактичної помилки щодо обтяжуючої обставини на підставі п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, водночас зазначаю, що врахування як показника ступеню тяжкості вчиненого злочину тієї обтяжуючої обставини, яка не усвідомлюється суб'єктом злочину, у частині винуватості фактичної помилки (помилки, яку винуватий не міг уникнути) суперечитиме принципу суб'єктивного інкримінування, який повинен поширюватись на застосування кримінального закону загалом. З іншого боку, якщо керуватись вказаним принципом, то не зовсім зрозуміло, чому негативну невинуватість фактичну помилку щодо обтяжуючої обставини (наприклад, винуватий не усвідомлює, що вчиняє злочин щодо малолітнього, особи похилого віку або особи, яка перебуває в безпорадному стані, але з урахуванням обставин вчинюваного злочину міг і повинен був це усвідомлювати) не можна, як це стверджує дисертант (с. 190, 191, 195, 202–203), враховувати на підставі ч. 1 ст. 67 КК України? Чому не вбачати тут одну із ситуацій, на яку розрахована ч. 5 запропонованої для включення до КК України ст. 25-2 (с. 202): «Фактична помилка щодо відсутності обставини, з якою цей Кодекс пов'язує несприятливі для особи кримінально-правові наслідки, якщо особа повинна була і могла усвідомлювати наявність такої обставини, може потягти їх настання лише у випадках, передбачених цим Кодексом»? До речі, на відміну від дисертанта та інших авторів (с. 190, 195), не думаю, що в розглядуваній ситуації доречно посилались на неможливість поширювального тлумачення перелічених в КК обтяжуючих обставин. Адже не усвідомлення суб'єктом злочину певної фактичної обставини немає підстав пов'язувати з тлумаченням кримінального закону.

6. Об'єкт свого дослідження здобувач визначила як окремі норми КК України та кримінальних кодексів деяких іноземних держав щодо регламентації фактичної помилки, навчальну та наукову літературу з обраної теми, матеріали правозастосовної практики, а предмет – як основні теоретичні та практичні аспекти фактичної помилки у кримінальному праві (с. 6). При цьому у вимогах до дисертацій як наукових кваліфікаційних робіт наголошується на тому, що під об'єктом дослідження розуміється те явище (процес), яке створює досліджувану автором проблемну ситуацію та існує незалежно від дослідника, а під предметом дослідження – значущі з теоретичної або практичної точки зору властивості, особливості або сторони об'єкта. Очевидно, що за наведених А.В. Айдинян визначень об'єкт і предмет її дисертаційного дослідження як категорії наукового пошуку не співвідносяться між собою як загальне і часткове. Адже фактичну помилку як специфічне кримінально-правове явище, яке охоплює (зрозуміло, що не повністю) те, що відбувається в психіці людини, немає підстав вважати частиною відповідних законодавчих положень, літературних джерел і матеріалів правозастосовної практики. Оскільки фактична помилка, як про це неодноразово зазначає дисертант (зокрема, с. 8, 24, 199), є компонентом суб'єктивної сторони діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони, коректнішим, на мою думку, було б визначення об'єкта аналізованого дисертаційного дослідження через звернення до вказаної суб'єктивної сторони (варіант – іншої характеристики психічного ставлення особи до діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ В.В. ПЛЕКАНА «КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОСЕРЕДНИЦТВО У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ»¹

Проблематика кримінально-правового реагування на посередництво як серйозний чинник, що сприяє розповсюдженню корупційної поведінки та ускладнює її викриття, завжди привертала до себе увагу теоретиків і практиків. Так, не дивлячись на існування ст. 169 КК України 1960 р. «Посередництво в хабарництві», доречність законодавчого виокремлення цього складу злочину як специфічного, але все ж різновиду співучасті у злочині у формі пособництва не була очевидною для частини вітчизняних фахівців. Дискусії викликали і питання про поняття, форми і момент закінчення посередництва в хабарництві, його співвідношення зі співучастю у злочині, кваліфікацію «удаваного посередництва» і посередництва в хабарництві, поєднаного зі співучастю у дачі або одержанні хабара, тощо.

Ухвалюючи чинний КК України, законодавець вирішив обійтись без аналогу ст. 169 попереднього КК, що, однак, не призвело до зникнення проблем, пов'язаних із кримінально-правовою оцінкою посередництва при вчиненні корупційних злочинів; скоріш, навпаки, кількість таких проблем збільшилась. Невключення в КК України статті про відповідальність за посередництво в хабарництві, за задумом законодавця, не мало означати декриміналізацію цього діяння: його вчинення, повинно було залишатись караним на підставі системного застосування кримінального закону, що передбачає, серед іншого, урахування положень Загальної частини КК України щодо співучасті у злочині. Проте, до якого з видів співучасників злочину належить наразі посередник у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, є питанням, неоднозначно вирішуваним як у науці кримінального права, так і в практиці правозастосування. До інших невіршених остаточно питань, які потребують теоретичного осмислення, є підстави віднести, зокрема, питання про: правову природу посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди і необхідність його самостійної законодавчої регламентації; існування так званого позастороннього посередництва при вчиненні корупційних злочинів та його кримінально-правову оцінку; співвідношення посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди зі співучастю у злочині, у тому числі із співвиконавством у наданні або одержанні неправомірної вигоди; відмежування посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди від зловживання впливом; кримінально-правову кваліфікацію «удаваного посередництва».

Зарубіжний досвід законодавчого регулювання висвітлюваної проблематики відзначається різноманітністю. Кримінальне законодавство більшості країн світу передбачає підхід, подібний до закріпленого в чинному КК України, за якого посередництво вважається проявом співучасті в наданні-одержанні неправомірної вигоди і, відповідно, складу самостійного злочину не утворює. Натомість у деяких країнах (зокрема, Білорусь, Болгарія, Китай, Латвія, Польща, Туркменістан) відповідальність за таке посягання встановлена в окремій статті Особливої частини кримінального закону, як це і мало місце в попередньому КК України. Цілком очевидно, що виважену відповідь на питання про оптимальний варіант правової регламентації посередництва при вчиненні корупційних злочинів можна отримати лише за результатами монографічного дослідження.

Визначаючи наукову новизну дисертації В.В. Плекана, слід погодитись із здобувачем у тому, що написана ним робота є першим у вітчизняній кримінально-правовій науці монографічним дослідженням проблем, пов'язаних із кримінально-правовою оцінкою посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. У кандидатській дисертації В.В. Плекана на підставі критичного аналізу наукових праць попередників, відповідного зарубіжного досвіду і матеріалів правозастосовної практики з'ясовано вади і прогалини в законодавчій регламентації вказаного різновиду суспільно небезпечної поведінки, поглиблено вчення про правову природу посередництва при вчиненні злочинів взагалі і корупційних злочинів зокрема, що дозволило дисертанту запропонувати чітко виражений авторський варіант розв'язання згаданих кримінально-правових проблем. Запровадження сформульованої здобувачем окремої кримінально-правової заборони, присвяченої посередництву в підкупі (при всій неоднозначності окремих її аспектів, про що йтиметься нижче), – крок уперед порівняно з існуючим станом справ у законодавчому забезпеченні кримінально-правової протидії корупційним злочинам. Сприйняття законодавцем ініціативи дисертанта, як видається, дозволить правоохоронним органам більш предметно та ефективно боротись із корупційними злочинами, у вчиненні яких задіяні такі специфічні фігури, як посередники.

Вважаю, що заслуговують на підтримку міркування здобувача про: коло остаточно невіршених в юридичній літературі питань, які стосуються кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; невипраданість розширення об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 354 КК України; умовність використаних у тексті дисертації зворотів «посередництво у підкупі» і «посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди»; можливість походження ініціативи

¹ Захист відбувся 30 червня 2016 р. в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

на вчинення злочинних діянь із неправомірною вигодою як від однієї зі сторін корупційної угоди, так і від посередника; існування законодавчої прогалини у регулюванні кримінальної відповідальності за фізичне посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; не охоплення окремих проявів посередництва кримінально-правовим інститутом співучасті в злочині; відсутність однакового законодавчого підходу при описанні злочинних діянь підбурювача і пособника в чинному КК України; можливість кримінально-правової оцінки поведінки посередника в наданні та одержанні неправомірної вигоди як сукупності злочинів; суспільну небезпеку посередницької діяльності при вчиненні корупційних злочинів; переваги розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди шляхом виділення в Особливій частині КК України окремої статті; співвідношення службових і корупційних злочинів; зміст родового об'єкта злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; визнання неправомірної вигоди предметом корупційних злочинів, а не засобом їх вчинення; виправданість відмови в законодавчому порядку від терміну «хабар» на користь поняття неправомірної вигоди; недоцільність вказівки в статті КК України про посередництві у підкупі на безпосередність передачі неправомірної вигоди; зміст інтелектуального посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; дискусійність криміналізації пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди і «дзеркального» їм прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди; визнання посередником в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди і тієї особи, яка діє на безоплатних засадах; недоцільність визнання групового способу вчинення злочину кваліфікуючою ознакою посередництва в підкупі; не охоплення кримінально-правовим поняттям посередника в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди так званого невинуватого агента; проблематичність кваліфікації як шахрайства так званого удаваного посередництва і водночас недоцільність виокремлення самостійної кримінально-правової заборони, розрахованої на такий різновид злочинної поведінки; доречність згадування про активне сприяння розкриттю злочину у тексті заохочувальної норми в «потенційній» статті КК України про посередництво в підкупі.

Зауваження.

1. Дисертант є прибічником наукової позиції, згідно з якою фізичне посередництво («технічна» передача неправомірної вигоди від однієї сторони корупційної угоди іншій за дорученням однієї з них) не охоплюється інститутом співучасті у злочині, зокрема, через закріплення в ч. 5 ст. 27 КК України вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво у злочині (с. 9, 34–36, 40 та ін.). Загалом погоджуючись із такою позицією – фактично з визнанням наявності в цьому разі прогалини в кримінальному законі, водночас зауважу, що в певних ситуаціях фізичне посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди все ж може розцінюватися як пособництво – сприяння вчиненню певного корупційного злочину шляхом усунення перешкоди, яка ускладнювала його вчинення. Зокрема, маються на увазі описані В.А. Клименком і згадані В.В. Плеканом ситуації, коли службова особа – одержувач неправомірної вигоди працює в приміщенні, закритому для доступу сторонніх, або постійно перебуває під посиленою охороною, яка унеможливує її спілкування зі сторонніми особами (с. 75–76), або випадки, коли сторони корупційної угоди знаходяться на істотній відстані один від одного чи навіть у різних країнах. Адже як перешкоди (у контексті їх усунення як форми пособництва у злочині) можуть виступати на лише предмети матеріального світу, а і фізичні та юридичні особи. Отже, твердження дисертанта про неохоплення фізичного посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди поняттям пособництва в злочині потребує уточнення.

До речі, аналогічна ситуація виникає із співвідношенням кримінально-правового поняття пособництва у злочині та інтелектуального посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди (налагодження контактів між учасниками корупційної угоди, сприяння в її укладенні, узгодження характеру та розміру неправомірної вигоди, способів її передачі, характеру діянь, за вчинення яких надається неправомірна вигода, тощо). Така суспільно небезпечна поведінка, вочевидь, далеко не завжди «вписується» у поради і вказівки, згадані в ч. 5 ст. 27 КК України; при цьому остання, на відміну, наприклад, від ч. 5 ст. 33 КК РФ, не передбачає таку значною мірою універсальну форму інтелектуального пособництва у вчиненні злочину, як надання інформації.

Будучи переконаним у тому, що оптимальним варіантом розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди є доповнення КК України спеціальною заборонаю, дисертант намагається довести принципову відмінність між посередництвом у підкупі та інститутом співучасті у злочині, включаючи пособництво (с. 51–60, 87 та ін.). Відверто кажучи, ці міркування мене не переконали. Складається враження, що в такій відмінності не до кінця впевнений і сам дисертант, який пише, що «незалежно від того, кого посередник представляє, він сприяє у вчиненні злочину обом сторонам корупційної угоди» (с. 72). Але ж сприяння вчиненню корупційного злочину – це ніщо інше, як пособництво, яке наразі не повністю охоплюється законодавчим визначенням його поняття лише через закріплення в ч. 5 ст. 27 КК України вичерпного переліку пособницьких діянь.

2. Під посередництвом у підкупі дисертант пропонує розуміти діяльність, що спрямована на організаційне, інформаційне, інтелектуальне, технічне, фізичне та інше сприяння в укладенні корупційної угоди між її

основними сторонами (с. 8, 28, 189). Не зовсім зрозуміло, чи поняття посередництва в уявленні здобувача має охоплювати всі зазначені складові або достатньо хоча б однієї з них, а так само чому в наведеному визначенні йдеться про сприяння лише в укладенні корупційної угоди й альтернативно не вказується на сприяння в реалізації (здійсненні) такої угоди. Адже дисертант цілком справедливо пише, що фізичне посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди має охоплюватись поняттям посередництва в підкупі (с. 31, 34, 53, 59, 64, 70, 110, 113, 121, 124, 124, 126, 131 та ін.). З іншого боку, постає питання, чи не є запропоноване В.В. Плеканом розуміння посередництва в підкупі занадто широким – таким, що значною мірою (якщо не повністю) включає в себе «класичну» співучасть з розподілом ролей при вчиненні корупційних злочинів, не відображаючи при цьому специфіку посередницької поведінки?

Так, на відміну від дисертанта (с. 65), вважаю, що функція посередника не може полягати лише в наданні приміщення для зустрічі надавача та одержувача неправомірної вигоди. Нагадаю, що ще О.Я. Светлов писав, що не будь-яке пособництво хабародавцю або хабароодержувачу є посередництвом у хабарництві, і як відповідний приклад (пособництва, а не посередництва) наводив ситуацію з наданням собою своєї квартири для зустрічей хабароодержувача із хабародавцем (див.: Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К., 1978. – С. 236).

Услід за російським науковцем М.І. Моїсеєнком дисертант до способів інтелектуального посередництва відносить: надання приміщення або транспортного засобу для передачі предмета злочину; забезпечення особистої зустрічі сторін корупційної угоди; розробку схеми процесу переходу неправомірної вигоди; забезпечення конспірації акту передачі неправомірної вигоди; забезпечення безпеки одержання/надання неправомірної вигоди (охорону місця передачі предмета); зміцнення рішучості одного з учасників злочинів на одержання (надання) неправомірної вигоди; дарування цінностей або надання грошової позики особі, що виражає намір надати неправомірну вигоду; зменшення орендних платежів, відсоткових ставок за користування банківським кредитом; відкриття банківського рахунку на ім'я одержувача неправомірної вигоди тощо (с. 131). Проте, за винятком хіба що забезпечення особистої зустрічі сторін корупційної угоди, перераховані дії навряд чи можуть розцінюватись як посередництво (тим більше, інтелектуальне) у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Водночас вказані різновиди сприяння вчиненню корупційних злочинів – це, як на мене, зайвий аргумент на користь доцільності відмови від закріплення в ч. 5 ст. 27 КК України вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво в злочині.

Здобувач стверджує: «Посередник у підкупі може виконувати діяльність, яка за змістом становить підбурювальні, пособницькі або організаторські дії» (с. 153). Відзначу з цього приводу, що, мабуть, ніхто не сумнівається в тому, що посередник, крім вчинення власне посередницьких дій, може схилити до надання або одержання неправомірної вигоди (ч. 4 ст. 27 КК України) чи організовувати або керувати їхнім вчиненням (ч. 3 ст. 27 КК України). Проте чи є підстави в такому разі вести мову саме і тільки про посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди?

Щодо суті посередницької поведінки при вчиненні корупційних злочинів, звісно, можна дискутувати і далі. Однак якщо вже запроваджувати самостійну кримінально-правову заборону, розраховану на посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, на необхідності чого послідовно наполягає дисертант, ґрунт для подібних дискусій слід усувати в законодавчому порядку. У цьому сенсі вадою сформульованої В.В. Плеканом редакції ст. 369-4, запропонованої для включення в КК України, є відсутність у ній хоча б стисло розкриття суті посередництва в підкупі, що у випадку сприйняття законодавцем підходу дисертанта неминуче потягне за собою суперечливі тлумачення кримінального закону, у тому числі в частині з'ясування співвідношення посередництва в підкупі як складу окремого злочину із співучастю з розподілом ролей при вчиненні корупційних злочинів.

3. До інших вад авторської редакції статті КК України про посередництво в підкупі можуть бути віднесені: 1) відсутність згадування в диспозиціях частин 1–3 статті про посередництво у прийнятті пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди (при цьому в тексті заохочувальної норми – ч. 5 ст. 369-4 КК України, крім інших, фігурують особи, котрі приймають пропозицію або обіцянку неправомірної вигоди); 2) непоширення дії статті КК, присвяченої посередництву в підкупі, на передбачений ст. 354 КК України підкуп працівника підприємства, установи чи організації (навіть при тому, що обґрунтованість законодавчого рішення про надання цьому посягання статусу повноцінного корупційного злочину викликає серйозні сумніви); 3) диференціація кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі особи, яка надає публічні послуги, та службової особи юридичної особи публічного права (останній зворот, до речі, невідомий чинному КК України). Запровадження окремих кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, було раціональним і потрібним кроком. Однак чи може існування цих заборон (поряд із нормами про кримінальну відповідальність «публічних» службових осіб) слугувати достатнім аргументом на користь запропонованої дисертантом диференціації кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі вказаних категорій осіб, задіяних у публічній сфері?; 4) позначення відповідної

кваліфікуючої ознаки лише як вчинення діяння службовою особою юридичної особи публічного права (якщо вже і запроваджувати таку кваліфікуючу ознаку, то вона має бути описана інакше – із вказівкою на використання певною особою свого службового становища).

4. Одне з положень наукової новизни має такий вигляд: «...обґрунтовано доцільність використання терміна «підкуп», який охоплює все коло діянь із неправомірною вигодою, що визнані законодавцем злочинними, зокрема діяння, які пов'язані із наданням, одержанням, обіцянням, пропонуванням, проханням, вимаганням неправомірної вигоди» (с. 8). Наведене положення спонукає висловити такі критичні судження. Оскільки термін «підкуп» вже використовується законодавцем у назвах статей КК України, які передбачають відповідальність за вчинення окремих корупційних злочинів (статті 354, 368-3, 368-4), дисертанту слід було наголосити на доцільності використання зазначеного терміну саме в контексті ініційованого ним запровадження самостійної кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі.

На думку В.В. Плекана, кримінальна відповідальність за посередництво має наставати незалежно від того, сприяв посередник домовленості сторін за умов «неправомірної вигоди – підкупу» (коли поведінка суб'єкта злочину по службі обумовлена незаконною винагородою) чи за умов «неправомірної вигоди – подяки» (коли службова поведінка особи не обумовлювалася незаконною винагородою, яка була йому передана як подяка) (с. 130). Проблема, однак, існує. Річ у тім, що найменування злочинів, передбачених статтями 354, 368-3 і 368-4 КК України (використання в назвах цих статей терміну «підкуп») наводить на думку про те, що склади відповідних злочинів будуть наявними лише в тому разі, коли належний суб'єкт одержує неправомірну вигоду (приймає пропозицію чи обіцянку такої вигоди) за вчинення обумовлених дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень. Інший висновок можна зробити, якщо тлумачити диспозиції частин третіх статей 354, 368-3 і 368-4 КК України буквально. Як бачимо, використання терміну «підкуп» у назві і диспозиціях різних частин «потенційної» ст. 369-4 КК України викличе запитання, однозначні відповіді на які дати буде проблематично.

Використання терміну «підкуп» стосовно одержання неправомірної вигоди, прийняття пропозиції (обіцянки) такої вигоди та її вимагання також позбавлене однозначності. У вітчизняній юридичній літературі пануючою (хоч і не єдиною) є точка зору, згідно з якою: поняттям підкупу не охоплюється так званий пасивний підкуп, інакше кажучи, заборонена поведінка одержувача неправомірної вигоди; термін «підкуп» здатний позначити діяння особи, яка лише пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду («активний» підкуп). При цьому в кримінальному законодавстві окремих європейських країн (і не тільки стосовно службових злочинів) знаходить відображення інший підхід, який (треба так розуміти) імпонує дисертанту.

Позначені вище проблеми, пов'язані з використанням у тексті КК України терміну «підкуп», здобувач оминув своєю увагою, фактично обмежившись правильною, але явно недостатньою констатацією того, що конструкція «посередництво в підкупі» не буде громіздкою (с. 27 – 28).

5. Складно погодитись із частиною аргументів дисертанта на користь обстоюваного ним положення про безпідставність визнання посередника виконавцем надання або одержання неправомірної вигоди. Так, В.В. Плекан пише, що посередник «діє не від свого імені і, відповідно, не в своїх інтересах...» (с. 30). Проте чинні редакції статей 354, 368-3, 368-4 і 369 КК України передбачають, що особа може надавати (пропонувати, обіцяти) неправомірну вигоду за виконання (невиконання) певним суб'єктом діяння і в інтересах третьої особи, тобто діяти і «не в своїх інтересах», залишаючись при цьому виконавцем відповідного злочину.

Ще одну відмінність посередника від виконавця надання або одержання неправомірної вигоди дисертант вбачає в тому, що «предмет злочину не є власністю посередника (на відміну від особи, що надає неправомірну вигоду) і не розглядається винним як такий, що переходить у його власність... здатність розпоряджатися предметом злочину як власним є однією з головних ознак особи, що надає неправомірну вигоду... виступаючи посередником, особа лише реалізовує вольовий акт виконавця надання неправомірної вигоди щодо розпорядження предметом злочину» (с. 31). Однак перебування у власності майна, яке може виступити неправомірною вигодою, не впливає на кваліфікацію вчиненого як того чи іншого корупційного злочину. Крім цього, наведений аргумент нівелюється, якщо фізичного посередника визнавати не виконавцем, а співвиконавцем надання неправомірної вигоди, який згідно з досягнутою домовленістю про розподіл ролей частково виконує об'єктивну сторону складу певного злочину. У межах цього підходу можна міркувати приблизно таким чином: один співвиконавець (посередник) передає неправомірну вигоду належному суб'єкту, а інший співвиконавець (той, кому належить ця неправомірна вигода) розпоряджається нею таким чином, щоб добитися від суб'єкта – одержувача неправомірної вигоди вчинення певного діяння у своїх інтересах чи інтересах третьої особи. Оскільки суб'єкт надання (пропозиції, обіцянки) неправомірної вигоди не обтяжений ознаками спеціального суб'єкта злочину, а співучасники (у тому числі співвиконавці) можуть при вчиненні злочину керуватися різними мотивами і цілями, інколи вважається, що відсутні юридичні перешкоди для визнання посередника співвиконавцем надання неправомірної вигоди. Цікаво було б почути оцінку здобувачем викладеного теоретичного підходу (останній, щоправда, стосується лише фізичного посередництва і не вирішує проблему кваліфікації інтелектуального посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди).

Однією з обставин, яка не дозволяє визнати посередника виконавцем надання або одержання неправомірної вигоди, здобувач називає «спрямованість умислу»: «Попри те, що вчинення або утримання від вчинення певних дій спеціальним суб'єктом з використанням його службового чи професійного становища знаходиться поза межами складу злочину одержання неправомірної вигоди, все ж саме конкретна поведінка службової особи (особи, яка надає публічні послуги) є кінцевою метою особи, що надає неправомірну вигоду при вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ст. 369 КК України» (с. 31, 59–60).

Загалом погоджуючись із цим висловлюванням, водночас хотів би відзначити, що тісний, нерозривний зв'язок між наданням, пропозицією, обіцянкою неправомірної вигоди, з одного боку, і виконанням або невиконанням належним суб'єктом дій з використанням свого службового становища, повноважень, з іншого, є характеристикою не суб'єктивної («спрямованість умислу» за В.В. Плеканом), а об'єктивної сторони відповідних складів злочинів. І саме ця об'єктивна обов'язкова ознака, як на мене, може слугувати вирішальним аргументом на користь невизнання посередника виконавцем і навіть співвиконавцем надання або одержання неправомірної вигоди. Як писав свого часу М.І. Мельник, за об'єктивними ознаками основна відмінність між дачею хабара і посередництвом «полягає в тому, що обов'язкова для дачі хабара ознака передачі предмета хабара посадовій особі за вчинення (невчинення) нею певних дій не є характерною (конструктивною) для складу посередництва в хабарництві... Навіть у тому випадку, коли на посередника покладається функція вручення предмета хабара хабарнику, він діє як хабародавець лише у фізичному відношенні. У юридичному плані він таким не є» (див.: Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблема кваліфікації, удосконалення законодавства: монографія. – К., 2000. – С. 192).

6. Відмежовуючи посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди від караного за ст. 369-2 КК України зловживання впливом і вбачаючи одну з відмінностей між цими злочинами в колі їхніх суб'єктів, В.В. Плекан приєднується до висловленої в літературі (В.І. Тютюгін, К.П. Задоя) точки зору, згідно з якою суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути будь-яка особа, але лише в тому разі, коли її дії не обумовлені службовим становищем чи наданими їй повноваженнями (с. 150–151). Одразу зауважу, що викладена точка зору, яка в тексті дисертації залишилась не аргументованою, не повною мірою узгоджується з іншим висловлюванням дисертанта – про те, що суб'єкт складів злочину, передбаченого ст. 369-2 КК України (треба так розуміти – усіма частинами цієї статті) є загальним (с. 91). Основна ж проблема в цьому аспекті полягає у відсутності законодавчої визначеності розглядуваної ознаки складу злочину «зловживання впливом» (цікаво, що суб'єкта «пасивного» зловживання впливом у літературі нерідко називають «посередником»). У науці, за підрахунками В.М. Киричка, існує щонайменше сім точок зору стосовно того, яка особа має нести кримінальну відповідальність за «пасивне» зловживання впливом. Вважаю, що чинна редакція ст. 369-2 КК України допускає таке тлумачення, відповідно до якого суб'єктом зловживання впливом, передбаченого ч. 2 цієї статті, може бути і службова особа, здатна впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з її службовим становищем у широкому розумінні цього поняття (див.: Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / За ред. М.І. Хавронюка – К., 2016. – С. 243).

Із викладеного випливає, що на проблему розмежування посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, з одного боку, і зловживання впливом, з іншого, дисертанту варто було звернути більше уваги. Це підтверджується і тим, що, розглядаючи питання кваліфікації «удаваного посередництва», здобувач пише про посередника, який заволодіває чужим майном, що передається йому як неправомірною вигодою, стверджуючи «про свої можливості через службових або інших осіб досягти за винагороду бажаної для хабародавця дії або бездіяльності...» (с. 160).

Проте, якщо особа одержує неправомірну вигоду за вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, вона вже не може вважатись посередником. Відповідно, у розглядуваній ситуації (уточню – за умови належності вказаних В.В. Плеканом «інших осіб» до осіб, уповноважених на виконання функцій держави), незважаючи на наявність у поведінці одержувача неправомірної вигоди обману, вбачаються ознаки не «удаваного посередництва», а передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК України зловживання впливом. При цьому *de lege ferenda* стаття КК України про зловживання впливом має бути сформульована таким чином, щоб було зрозуміло: відповідальність за нею має наставати незалежно від того, чи була можливість впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, реальною або удаваною.

7. Текст дисертації, на жаль, не позбавлений окремих неточностей і некоректних висловлювань.

Так, до результатів, одержаних ним уперше, здобувач відносить положення про розроблення проекту статті, яка встановлює кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, та обґрунтування доцільності її розміщення в розділі XVII Особливої частини КК України (с. 8). Насправді подібні пропозиції вже висувались вітчизняними науковцями (праці О.О. Кваші, Д.Г. Михайленка та ін.). Зокрема, Д.М. Горбачов аргументував доповнення КК України статтею 369-1 «Посередництво у наданні або одержанні неправомірної вигоди» (див.: Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової

діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – С. 191). За таких обставин дисертанту варто було акцентувати увагу на перевагах свого підходу до конструювання відповідної кримінально-правової заборони.

Оцінка здобувачем праць згаданих та деяких інших авторів як таких, в яких проблеми кримінально-правової оцінки посередництва в наданні (або) одержанні неправомірної вигоди розглядаються лише побіжно і фрагментарно (с. 5), видається невиправданою. Такої оцінки можна і треба було уникнути, вказавши на існуючі кримінально-правові проблеми посередництва при вчиненні корупційних злочинів, неоднозначність розв'язання цих проблем у науці і правозастосовній практиці та, як наслідок, на потребу в проведенні повноцінного монографічного дослідження обраної теми.

Із висловлювань дисертанта на С. 26 і 114 роботи випливає, що в період чинності КК України 1960 р. з її ст. 169 під посередництвом у хабарництві розумілось лише фізичне посередництво – передача за дорученням хабародавця або хабароодержувача предмета хабара. Однак у вказаний період і в доктрині (праці О.Я. Светлова, М.І. Мельника та ін.), і в судовій практиці (постанова Пленуму Верховного Суду СРСР від 31 липня 1962 р. № 9 «Про судову практику у справах про хабарництво») поряд із фізичним виділялось інтелектуальне посередництво в хабарництві (сприяння встановленню контакту, досягненню домовленості про дачу-одержання хабара тощо). Ця обставина визнається і дисертантом (с. 33–34).

Здобувач висловлює припущення про те, що передбачена ч. 5 ст. 354 КК України неможливість звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди особам, вказаним у ч. 4 ст. 18 КК України, зумовлена підвищеною суспільною небезпечністю підкупів іноземних службових осіб (с. 178). Насправді пояснення такого законодавчого кроку треба шукати у площині врахування Україною відповідних міжнародно-правових рекомендацій. Якщо у випадку хабарництва, вчинюваного всередині країни, механізм діяльного каяття може сприяти розкриттю відповідного злочину і кримінальному переслідуванню публічних службових осіб, то у випадку підкупу іноземної службової особи немає гарантій того, що така особа підлягатиме кримінальному переслідуванню. У цьому разі такий механізм звільнення від кримінальної відповідальності є даремним: факт вчинення злочину може стати відомим, але правопорушники залишатимуться безкарними, а цілі правосуддя – нереалізованими (див.: Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии: достижения и вызовы: Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009–2012 гг. – С. 90).

Визнаючи моментом закінчення фізичного посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди момент прийняття одержувачем неправомірної вигоди хоча б частини останньої, здобувач виходить з того, що «завершальний етап всіх діянь, що становлять підкуп, в кінцевому результаті зводиться до одержання неправомірної вигоди кінцевим адресатом» (с. 115). Видається, однак, що такий підхід не враховує оновлення антикорупційного законодавства України в частині визнання закінченими злочинами пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди і «дзеркального» їм прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди і сприйняття, таким чином, українським законодавцем ідеї автономної природи зазначених корупційних деліктів.

8. Зауваження викликають і окремі формулювання змісту (плану) дисертаційного дослідження, особливо якщо розглядати їх у взаємозв'язку зі змістом відповідних структурних частин. Зокрема, назву розділу 3 «Загальна характеристика проекту складу злочину «Посередництво у підкупі» вважаю не зовсім вдалою через те, що заходи кримінально-правового впливу, яким присвячено підрозділ 3.3, так би мовити, за визначенням не можуть характеризувати склад злочину. Назва підрозділу 1.2 «Поняття «посередництво» у кримінальному праві України» зобов'язувала дисертанта принаймні в стислому вигляді розкрити особливості посередницької поведінки при вчиненні злочинів, відмінних від корупційних (злочинів, пов'язаних із незаконним обігом зброї, наркотиків і деяких інших різновидів майна, різних відомостей, вбивств на замовлення тощо). Тим більше, що сам дисертант слушно зазначає: «...посередництво можливе у вчиненні багатьох злочинів» (с. 46).

У назві розділу 2 акцент навряд чи виправдано зроблено на одному з методів пізнання («Аналіз наукових позицій щодо...»). До того ж виділення в цьому розділі всього двох підрозділів, присвячених вирішенню проблем кваліфікації посередництва у злочинах із неправомірною вигодою шляхом змін Загальної або Особливої частини КК України, не повною мірою враховує існування наукової позиції тих фахівців (О.О. Анікін, М.І. Бажанов, Ф.В. Шиманський, Є.О. Письменський та ін.), які вважають, що в разі участі посередника в наданні та одержанні неправомірної вигоди його дії можуть кваліфікуватись як співвиконавство у відповідному злочині і, відповідно, для розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди ні Загальну частину, ні Особливу частину КК України змінювати не потрібно.

Зміст розділу 2 і зміст підрозділу 1.1, який має назву «Стан дослідження кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди у науковій літературі», значною мірою дублюється. Крім того, зарубіжна наукова література, досліджувана в цьому підрозділі та і загалом у дисертації В.В. Плекана (за винятком робіт автора з Йорданії Акрама Трад Аль-Фаїза й автора з Молдови В.Д. Лаптеакру), зводиться до праць науковців із РФ.

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ І.О. БЕРДИЧЕНКО «МАРКИ АКЦИЗНОГО ПОДАТКУ, КОНТРОЛЬНІ МАРКИ, ГОЛОГРАФІЧНІ ЗАХИСНІ ЕЛЕМЕНТИ ЯК ПРЕДМЕТ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ»¹

Не дивлячись на «технічний» і, на перший погляд, другорядний характер таких предметів матеріального світу, як марки акцизного збору, контрольні марки для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних і голографічні захисні елементи, вони відіграють важливу роль у житті сучасного українського суспільства, слугуючи інструментами фіскального контролю і наповнення державної скарбниці, скорочення масштабів тіньової економіки і впорядкування ринків відповідної продукції, захисту прав споживачів, інтелектуальної власності і навіть здоров'я населення.

Останнім часом в Україні неодноразово ставилось питання про недостатню ефективність акцизних марок як складової механізму справляння акцизного податку, що не забезпечує миттєвої ідентифікації відповідних товарів. А частка нелегального обігу алкогольних напоїв станом на середину 2014 р. досягла 40 % при тому, що тогочасні акцизні марки захищались за допомогою голограм і спеціальних кодів (див.: Онищенко С. Кто блокирует решение Кабмина об удешевлении акцизных марок ? // Голос Украины. – 24 октября 2014 г. – № 205). За всієї дискусійності питання про дієвість на сьогодні таких інструментів, як марки акцизного збору, контрольні марки і голографічні захисні елементи, послідовно обстоювана дисертантом теза про важливу роль кримінального закону в забезпеченні правомірності їх обігу сумнівів не викликає. Проте якість цього закону навряд чи може вважатись задовільною. Так, після ознайомлення з чинною редакцією ст. 199 КК України складно зрозуміти: як можна вчинити, наприклад, «виготовлення ... незаконно виготовлених, одержаних ... марок акцизного податку»; чи охоплюється диспозицією цієї кримінально-правової норми відмінне від підроблення незаконне виготовлення марок акцизного боку, яке до законодавчих змін 2012 р. могло кваліфікуватись за ст. 216 КК України; чому в диспозиціях і ч. 1 ст. 199, і ч. 1 ст. 216 КК України фігурують голографічні захисні елементи; яким чином при інкримінуванні кваліфікуючих ознак «у великому розмірі» та «в особливо великому розмірі» слід визначати «суму підробки», якщо підроблені предмети вартості не мають і мати не можуть.

Здійснене на підставі Закону України від 18 вересня 2012 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за фальшування марок акцизного збору» визнання певних незаконних дій, вчинюваних щодо марок акцизного податку і голографічних захисних елементів, різновидами злочину, передбаченого ст. 199 КК України, у черговий раз продемонструвало не лише ігнорування вітчизняним парламентом правил законодавчої техніки, а і відсутність стратегії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за злочини в сфері господарської діяльності. Ситуація може серйозно ускладнитись у зв'язку з очікуваним (потенційним) запровадженням інституту кримінальних проступків.

Наукова новизна дисертації І.О. Бердиченко вбачається в тому, що ця робота є першим в Україні монографічним дослідженням, в якому на підставі кримінально-правового вчення про предмет злочину, аналізу положень регулятивного законодавства і матеріалів правозастосовної практики розкрито специфічні ознаки марок акцизного податку, контрольних марок і голографічних захисних елементів як предмета злочинів у сфері господарської діяльності, що дало змогу визначити проблеми і перспективи кримінально-правової охорони відповідних суспільних відносин.

Поділяю міркування здобувача про: місце предмета злочину і потерпілого від злочину в структурі складу злочину; важливість і доречність історичних екскурсів при здійсненні наукових кримінально-правових досліджень; обумовленість розвитку кримінально-правових норм про відповідальність за незаконні дії зі знаками і документами, які підтверджували сплату державі обов'язкових внесків, соціально-економічним розвитком суспільства; визнання марок акцизного податку і контрольних марок специфічними різновидами офіційних документів, які містять інформацію соціального походження; причини, через які голографічні захисні елементи зазвичай не виокремлюються як самостійні предмети злочину в кримінальному законодавстві зарубіжних країн; розміщення багатьох кримінально-правових заборон, присвячених відповідальності за економічні злочини, не в кримінальних кодексах, а в актах регулятивного (господарського, фінансового тощо) законодавства європейських країн – Австрії, ФРН, Франції, Швейцарії, Швеції та ін.; необхідність врахування саме номінальної вартості підробок при кваліфікації злочину за ч. 2 або ч. 3 ст. 199 КК України за ознаками вчинення його у великому або особливо великому розмірі і потребу відповідного уточнення кримінального закону; співвідношення предмета злочину і предмета охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин; кримінально-правові ознаки організованої групи і доречність визнання вчинення злочину організованою групою осіб особливо кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого вдосконаленою ст. 216 КК України;

¹ Захист відбувся 6 жовтня 2016 р. у Національній академії внутрішніх справ.

необґрунтованість законодавчих змін 2012 р. у частині визнання марок акцизного збору і голографічних захисних елементів різновидами предмета злочину, передбаченого ст. 199 КК України; необхідність виключення з диспозиції ч. 1 ст. 199 КК України вказівки на таку альтернативну мету злочину, як використання при продажу товарів; варіанти зловживань, зумовлені перспективним запровадженням електронних акцизних марок, і можливість кваліфікації таких зловживань за допомогою норм КК України про відповідальність за «комп'ютерні» злочини; переваги терміна «підроблення» і доцільність відповідної уніфікації термінології кримінального закону; необхідність доповнення ст. 216 КК України вказівкою на зберігання незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного податку; визнання підроблення голографічного захисного елемента як складової документа підробленням останнього і похідну від цього кримінально-правову кваліфікацію; можливість інкримінування ст. 199 КК України і в тому разі, коли ті, хто вчинив незаконні дії з марками акцизного податку, не мали наміру ухилитись від сплати акцизного податку; безпідставність виокремлення голографічного захисного елемента як самостійного предмета злочину і доцільність виключення згадування про такий елемент з назв і диспозицій ст. 199 і ст. 216 КК України; можливість визнання марок акцизного податку і контрольних марок як предметом злочинів, так і засобом їх вчинення і кваліфікацію вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 199 і ст. 204, 212 (ст. 216 і ст. 203-1) КК України.

Зауваження.

1. До положень наукової новизни, які сформульовані нею вперше, дисертант віднесла, зокрема, наведення доказів щодо необхідності: виключення з назви ст. 199 КК України та абз. 1 ч. 1 цієї статті вказівки на такі предмети злочину, як «марки акцизного податку» та «голографічні захисні елементи»; заміни в назві та абз. 1 ч. 1 цієї статті універсальним терміном «переміщення» термінологічної конструкції «перевезення, пересилання, ввезення в Україну»; виключення з диспозиції абз. 1 ч. 1 цієї статті посилання на мету – «використання при продажу товарів» (с. 12–13).

Сприймаючи викладені пропозиції щодо вдосконалення КК України із змістовної точки зору, водночас хотів би зауважити, що положення про потребу виключення зі ст. 199 КК України згадування про марки акцизного податку, голографічні захисні елементи і мету використання при продажу товарів висунув та аргументував І.М. Михайлов, який 29 січня 2016 р. у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка захистив кандидатську дисертацію (див.: Михайлов І.М. Кримінальна відповідальність за виготовлення, збут та інші незаконні дії, пов'язані зі збутом підроблених грошей, державних цінних паперів, білетів державної лотереї, марок акцизного податку та голографічних захисних елементів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2015. – С. 4, 13, 14, 16). А положення про те, що при вдосконаленні ст. 199 КК України перевагу слід надавати терміну «переміщення», раніше обґрунтували в своїх працях С.І. Марко та І.В. Сингаївська. До речі, та обставина, що при формулюванні наведених пропозицій, спрямованих на поліпшення вказаної кримінально-правової заборони, здобувач лише приєдналась до відповідних висновків попередників, чітко зафіксована в тексті дисертації (с. 102, 105). Таким чином, відповідне положення, яке висувається на захист, мало бути розміщено в рубриці наукової новизни «удосконалено» або «дістало подальшого розвитку».

2. Дисертант виступає прибічником теоретичного підходу (Н.О. Гуторова, Є.В. Лашук, А.А. Музика, М.І. Панов та ін.), згідно з яким матеріальні цінності, певні діяння з якими становлять загрозу для суспільства та які вилучені з цивільного обороту, як і матеріальні блага – позитивні цінності, мають визнаватись предметом злочину. Матеріальні антиблага не можна розглядати окремо від об'єкта злочину, хоч вони і не належать до охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин (с. 78–79, 81, 82, 90–91 та ін.). Однак у сучасній кримінально-правовій доктрині не склався єдиний підхід з питання про місце в структурі складу злочину матеріальних антиблаг – негативних цінностей (предметів із негативними властивостями) на кшталт підроблених і незаконно виготовлених марок акцизного податку і контрольних марок. У зв'язку з цим у підрозділі 1.1 дисертації, присвяченому теоретико-методологічним засадам дослідження марок акцизного податку, контрольних марок і голографічних захисних елементів як предмета злочинів у сфері господарської діяльності, варто було згадати (а ще краще вступити в дискусію з його прибічниками) про існування іншого підходу (останній обстоюється, зокрема, Н.О. Антонюк, В.І. Борисовим, М.В. Сенаторовим, Є.В. Фесенком), згідно з яким предмети, які не входять до структури охоронюваних суспільних відносин, але з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність складу того чи іншого злочину, треба визнавати не предметом злочину, а засобом його вчинення.

3. Не зовсім чіткою виглядає позиція здобувача з питання, чи може кваліфікуватись за ст. 199 КК України відмінне від підроблення незаконне виготовлення марок акцизного податку, під яким в юридичній літературі зазвичай розуміється їх виготовлення: без належним чином оформленої зведеної заявки-розрахунку уповноваженого органу, тобто їх виготовлення без дозволу; у кількості, яка перевищує зазначену в зведеній заявці-розрахунку; іншого виду, ніж зазначений у зведеній заявці-розрахунку; за фальсифікованою (підробленою) зведеною заявкою-розрахунком; не за зведеною заявкою-розрахунком, а на замовлення інших суб'єктів. У результаті такого виготовлення з'являються справжні марки акцизного податку, тобто знаки які за своїми характеристиками відповідають встановленим зразкам.

З одного боку, на С. 100 і С. 154 роботи дисертант пише, що стосовно справжніх марок акцизного податку можуть бути вчинені такі незаконні дії, як зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів чи збуту або збут. Звідси випливає негативна відповідь на поставлене питання. З іншого боку, сформульоване в дисертації авторське визначення поняття марки акцизного збору як предмета злочину (с. 107), некритичне відтворення висловлювань інших дослідників (зокрема, М.І. Михайлова, М.І. Панова, О.О. Дудорова), переконаних у злочинності незаконного виготовлення марок акцизного податку (с. 86–87, 91–92), приклади із судової практики, наводячи які І.О. Бердиченко не зовсім чітко розмежує підроблення марок акцизного податку та їх незаконне виготовлення (с. 92), деякі інші міркування дисертанта (наприклад, с. 189) схилиють до думки про те, що здобувач не відкидає позитивну відповідь на питання про можливість кваліфікації за ст. 199 КК України випадків незаконного виготовлення марок акцизного податку. До того ж назву ст. 216 КК України і диспозицію ч. 1 цієї статті, за якою, на переконання здобувача, *de lege ferenda* мають кваліфікуватись злочинні дії, вчинювані щодо марок акцизного податку, пропонується розпочинати зворотом «незаконне виготовлення» (с. 242). За таких обставин позиція дисертанта із зазначеного питання потребує уточнення під час захисту.

І ще на один нюанс, пов'язаний із розмежуванням незаконного виготовлення марок акцизного податку та їх підроблення, хотів би звернути увагу. Дисертант відтворює точку зору, відображену, зокрема, в моїй монографії, виданій у 2003 р., згідно з якою незаконним виготовленням акцизних марок слід визнавати, зокрема, виготовлення марок на підприємстві, яке не має права на їх виготовлення, тобто неналежним виробником (с. 130). Однак у роботах, написаних згодом, я змінив свою позицію з цього питання кваліфікації і наразі вважаю, що поняттям підроблення охоплюється також виготовлення марок акцизного податку на підприємстві, яке не має права на їх виготовлення (див.: Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 528; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 662). З цього приводу в літературі слушно зазначається, що незаконне виготовлення відповідних предметів може здійснюватись лише їх законним виробником; в іншому випадку має місце підроблення предметів (див.: Крижанівська Т. Поняття підроблення марок акцизного збору, контрольних марок та голографічних захисних елементів (ст. 216 КК) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 125).

4. Дисертант називає доцільними зміни, запропоновані законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» (реєстр. № 2987 від 19 травня 2015 р.), у частині визнання дій з контрольними марками, передбачених наразі ст. 216 КК України, кримінальним проступком, а дій з марками акцизного податку, караних за чинною редакцією ст. 199 КК України, – злочинном. При цьому зазначається, що «повна декриміналізація» незаконних дій з марками акцизного податку і контрольними марками як документами суворої звітності була б недоцільною (с. 169–170, 184–185).

Складається враження, що згаданим законопроектом пропонується «часткова (або неповна) декриміналізація» вказаних дій, із чим погодитись складно, адже відповідальність за їх вчинення у випадку ухвалення законопроекту передбачатиметься хоч і в різних книгах, але в межах одного законодавчого акта – Кримінального кодексу України; так що про якусь очікувану декриміналізацію в цьому випадку говорити, вочевидь, не доводиться. Скоріше навпаки: пропоноване законопроектом визнання кримінальним проступком розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, упаковки яких не марковані контрольними марками або марковані неналежними контрольними марками (наразі це проступок, передбачений ст. 164-9 КУпАП), означатиме розширення сфери застосування кримінально-правової репресії (хай і не у вигляді покарання і без настання судимості). Відповідно, я б не став, як робить здобувач (с. 170), пов'язувати розробки, які уособлює законопроект (реєстр. № 2987 від 19 травня 2015 р.) із «гуманізацією кримінального законодавства» і «відмовою від кримінально-правової репресії щодо правопорушень у сфері господарської діяльності».

Основна ж суть зауваження полягає в тому, що в розглядуваній частині законопроекту про кримінальні проступки як у краплі води відображається одна з його концептуальних вад – довільність у віднесенні діянь до кримінально-правової або адміністративно-правової площини. Особисто для мене залишається загадкою, чому за подібності функцій, виконуваних марками акцизного податку і контрольними марками як документами суворої звітності й інструментами візуального контролю, підроблення марок акцизного податку та інші незаконні дії з ними повинні визнаватись злочином у той час, як така ж протиправна поведінка, вчинювана щодо контрольних марок, – лише кримінальним проступком. Все ж науковці, демонструючи виваженість і самодостатність, мають більш критично і прискіпливо ставитись до різних законопроектів, спрямованих, за словами їх розробників, на вдосконалення КК України, і це повною мірою стосується вельми неоднозначної ідеї запровадження у вітчизняну правову систему кримінальних проступків.

5. Об'єкт свого дослідження дисертант визначає як «суспільні відносини у сфері господарської діяльності, що забезпечують кримінально-правову охорону марок акцизного податку, контрольних марок і голографічних

захисних елементів» (с. 10). Про кримінально-правову охорону вказаних марок та елементів авторка мову і на інших сторінках дисертації (с. 7, 33, 146, 162 та ін.). Погодитись із таким підходом складно, оскільки в сучасній кримінально-правовій науці України усталеним є положення про те, що предмет злочину і потерпілий від нього відрізняються від об'єкта злочину (а отже, і від об'єкта кримінально-правової охорони) тим, що і предмет, і потерпілий – це матеріальні субстрати в той час, як об'єкт – соціальна категорія, в якій немає нічого матеріального. Видається, що здобувач, стверджуючи, що кримінально-правовій охороні піддаються певні матеріальні предмети, суперечить сама собі, адже вона позиціонує себе як прибічницю наукової концепції «об'єкт злочину – охоронювані кримінальним законом суспільні відносини» (с. 16–17, 19, 90–91), а також пише про охорону кримінальним законом специфічних суспільних відносин, ознакою яких виступають марки акцизного податку, контрольні марки та голографічні захисні елементи (зокрема, с. 23, 90).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ С.В. НЕЗНАЙКА «КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА УМИСНОГО ЗНИЩЕННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ ОБ'ЄКТІВ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНОГО ГОСПОДАРСТВА»¹

Актуальність теми дисертаційного дослідження визначається кількома обставинами. По-перше, це суспільна небезпека умисного знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства (далі – ЖКГ), зумовлена тим, що такі діяння порушують конституційне право на житло і нормальні умови проживання громадян, позбавляють їх звичних побутових умов, викликають загибель і травмування людей, заподіюють значну майнову шкоду власникам вказаних об'єктів тощо. По-друге, це належність багатьох аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 270-1 КК України, до числа дискусійних (зокрема, момент закінчення злочину, особливості психічного ставлення до проміжних і похідних суспільно небезпечних наслідків, зміст останніх, співвідношення умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ із суміжними складами злочинів) і складність визначення перспектив досліджуваної кримінально-правової заборони. Доповнення КК України статтею 270-1, як відомо, викликало серед фахівців жваві дискусії (починаючи з питання про місцезнаходження вказаної заборони в системі Особливої частини і закінчуючи нюансами кваліфікації злочину, передбаченого цією статтею). По-третє, це необхідність наукового осмислення існуючого стану кримінально-правової боротьби з випадками умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ, за якого спостерігається явна невідповідність між кількістю облікованих злочинів і кількістю злочинів, обвинувальні акти щодо яких направляються до суду, і, відповідно, розроблення аргументованих й адресованих як законодавцю, так і правозастосувачу рекомендацій щодо зміни ситуації на краще.

Не дивлячись на сумний (або, як толерантно висловлюється дисертант, близький до критичного) стан ЖКГ у сьогодиншній Україні, факт ухвалення Закону від 13 січня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за окремі правопорушення в житлово-комунальному господарстві», на підставі якого в КК України з'явилась ст. 270-1, навряд чи може розцінюватись однозначно. З одного боку, певні резони для такого кроку в законодавця, вочевидь, були; з іншого, прийняття згаданого Закону не лише породило сумніви в оптимальності втіленого в ньому варіанту правового забезпечення охорони нормального функціонування об'єктів ЖКГ, а і дало підстави в черговий раз переконатись у сповідуваній вітчизняним парламентом гіперболізації ролі кримінального закону в розв'язанні соціально-економічних проблем сьогодення.

Визначаючи наукову новизну дисертації С.В. Незнайка і, звичайно, порівнюючи її з дисертацією під такою ж назвою, захищеною Н.О. Сербіною в Національній академії внутрішніх справ 10 вересня 2015 р., хотів би зазначити, що в рецензованій дисертації знайшов втілення і належне обґрунтування концептуально інший (порівняно з роботою Н.О. Сербіної) підхід до розв'язання проблем кримінально-правової охорони суспільних відносин, які складаються в зв'язку з функціонуванням об'єктів ЖКГ. На відміну від Н.О. Сербіної, дисертант доводить недоцільність виокремлення і подальшого існування самостійної кримінально-правової заборони, присвяченої умисному знищенню або пошкодженню об'єктів ЖКГ (навіть за умови перенесення її до розділу VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності»), і водночас висуває, враховуючи однорідну антисуспільну спрямованість злочинів, передбачених статтями 194-1, 270-1, 292, 360 КК України, і відповідний іноземний досвід, ідею уніфікації законодавчого описання злочинних посягань на об'єкти життєзабезпечення.

До речі, у відгуках офіційних опонентів С.Я. Лихової і Є.В. Лашука на дисертацію Н.О. Сербіної як на одну з вад цієї роботи вказувалось на те, що її авторка не розглянула питання про можливість закріплення в КК України однієї статті з відповідними кваліфікуючими ознаками (зокрема, з тими, що наразі характеризують умисне знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ), яка б встановлювала відповідальність за умисне знищення або пошкодження різноманітного майна.

Поділяю міркування здобувача про: коло тих пов'язаних із тлумаченням і застосуванням ст. 270-1 КК України проблем, які не знайшли вирішення в наукових працях попередників; недостатнє теоретичне опрацювання поняття кримінально-правової характеристики злочину як однієї з фундаментальних категорій сучасного кримінального права; оцінку доповнення КК України статтею 270-1 як часткової і до того ж надмірної криміналізації, зв'язок цієї законодавчої новели з численними порушеннями принципів криміналізації діянь і водночас необхідність кримінально-правової охорони відповідних суспільних відносин; доцільність запровадження адміністративної відповідальності за умисне знищення або пошкодження об'єкта життєзабезпечення, яке не супроводжувалось настанням суспільно небезпечних наслідків, притаманних злочину; юридичну спорідненість статей 194, 194-1, 270-1, 292, 360 КК, однорідність охоронюваних за їхньою допомогою суспільних відносин і зумовлену цим потребу в уніфікації умов настання кримінальної відповідальності за умисне знищення або

¹ Захист відбувся 8 грудня 2016 р. у Національному університеті «Львівська політехніка».

пошкодження об'єктів життєзабезпечення; надуманість (штучність) виокремлення в дисертації Н.О. Сербіної підрозділу, в якому йдеться про історичний досвід регламентації кримінальної відповідальності за умисне знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ; необхідність уточнення назви розділу XVI Особливої частини КК України, присвяченого «комп'ютерним» злочинам; недоцільність існування в чинному КК України самостійної норми про відповідальність за пошкодження або руйнування окремих видів трубопровідного транспорту; помилковість розміщення досліджуваної кримінально-правової заборони в розділі IX Особливої частини КК України; перспективність передбачення відповідальності за умисне знищення або пошкодження об'єктів життєзабезпечення в змінній ст. 194-1 КК України, недоречність згадування в цій статті про мотиви вчинюваного злочину, а також необґрунтованість встановлення кримінальної відповідальності за зазначене діяння, вчинене через необережність; неправильність рішення законодавця не вказувати в примітці ст. 270-1 КК України на нежитловий фонд і водночас безпідставність згадування в цьому разі про об'єкти благоустрою, мережі чи складові об'єктів ЖКГ; матеріальну конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 270-1 КК України, недоцільність збереження в цій статті (точніше в її замінику) вказівки на проміжні суспільно небезпечні наслідки і притаманну чинній редакції ст. 270-1 КК України довільність кількісних (вартісних) показників злочинності діяння; особливості причинного зв'язку при вчиненні умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ; доцільність зниження до 14 років віку, з якого наставатиме кримінальна відповідальність за кваліфіковані різновиди умисного знищення або пошкодження об'єкта життєзабезпечення; належність злочину, передбаченого ч. 1 (ч. 2) ст. 270-1 КК України, до злочинів зі складною формою вини, а злочину, описаного в ч. 3 ст. 270-1 КК України, – до злочинів з комбінованою формою вини; необхідність вдосконалення законодавчого описання відповідних кваліфікуючих ознак (зокрема, за рахунок закріплення повторності однорідних злочинів, включення в перелік цих ознак вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб та уточнення суспільно небезпечних наслідків).

Зауваження.

1. Дисертант неодноразово і категорично заявляє, що в законодавця не було достатніх підстав і приводів для криміналізації такого діяння, як умисне знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ (зокрема, с. 23, 52, 196).

Дозволю собі частково не погодитись з цим твердженням. Адже в Пояснювальній записці до проекту Закону України від 9 червня 2010 р. № 6505 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за окремі правопорушення в ЖКГ» можна прочитати, що останнім часом почастішали випадки травмування та загибелі громадян, пов'язані з умисним пошкодженням сторонніми особами об'єктів ЖКГ, у тому числі: крадіжки кришок люків і решіток інженерних мереж призводять до падіння людей в колодязі та оглядові камери; перебудова або пошкодження систем вентиляції та газодимоходів у жилих багатоквартирних будинках, обладнаних газовими водонагрівальними колонками і газовими котлами, призводить до отруєння мешканців квартир продуктами згоряння газу; крадіжки та пошкодження обладнання на системах протипожежної автоматики, пожежних гідрантів та димовидалення в багатьох жилих будинках підвищеної поверховості виводять ці системи з робочого стану, унеможливають своєчасне оповіщення мешканців та гасіння пожеж і становлять потенційну загрозу життю людей; пошкодження електрощитових у житлових будинках та на прибудинковій території стають причинами чисельних нещасних випадків травмування громадян; пошкодження та викрадення ліфтового обладнання стало причиною непоодиноких випадків травмування та загибелі громадян, що підвищує небезпеку проживання в житлових будинках; зберігання вибухонебезпечних речовин, газових балонів, тощо в житлових будинках спричинили вибухи, обвали конструкцій та людські жертви; пошкодження конструкцій багатоквартирних житлових будинків через самочинно виконувані роботи із перепланування та переобладнання квартир призводить до передчасного руйнування конструкцій, обвалів частин будинків і травмування їх мешканців, тощо.

Те, що при цьому в згаданому документі не містилось жодних статистичних даних, які б вказували на кількісні показники умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ, свідчить лише про недостатню якість законопроектної роботи, але не про непоширеність відповідних фактів у житті суспільства. До речі, сам здобувач визнає масштабність такого явища, як умисне знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ, яка є очевидною і для пересічних громадян (с. 31). Отже, приводи для криміналізації (а якщо бути точним, то ми повинні вести мову і про криміналізацію, і про диференціацію кримінальної відповідальності за діяння, які і раніше визнавались злочинними) поведінки, караної наразі за ст. 270-1 КК України, у законодавця були. Інша справа, наскільки успішно й адекватно вдалося втілити в законодавчу матерію ті ідеї, які стали збудовачем законодавчої активності в цьому разі.

2. Задекларувавши як мету свого дисертаційного дослідження комплексну кримінально-правову характеристику умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ (с. 7) і приєднавшись з питання про складові кримінально-правової характеристики злочину до позиції В.І. Борисова та О.О. Пашенка (с. 16), здобувач фактично самоусунувся від розгляду проблематики санкцій як досліджуваної ним заборони, так і статей КК України про відповідальність за «споріднені» посягання. Аналіз санкцій у дисертації обмежується декілько-

ма рядками, в яких критикуються санкції чинних редакцій статей 194 та 194-1 КК України. І це при визнанні дисертантом тієї обставини, що доповнення КК України статтею 270-1 відбулося з порушенням, зокрема, принципу співмірності санкцій та економії репресії (с. 40–42, 196).

За таких обставин не можуть не виникати сумніви в обґрунтованості санкцій, які містяться в авторських редакціях статей 194 і 194-1 КК України, адже належного обґрунтування цих пропозицій у роботі немає. У науці ж кримінального права вироблено низку правил побудови санкцій кримінально-правових норм, яких законодавцю слід неухильно дотримуватися для того, щоб забезпечити суд можливістю призначити винуваному законне, справедливе і достатнє покарання, досягнувши мети, визначеної в ч. 2 ст. 50 КК України. Переконаний у тому, що, по-перше, наукова обґрунтованість побудови санкції кримінально-правової норми має не менше значення, ніж правильне конструювання її диспозиції, і, по-друге, характер (вид та розмір) покарання за злочин є невід'ємною частиною його кримінально-правової характеристики.

З урахуванням сказаного вважаю, що дисертанту варто було дослідити (причому як у статистичній, так і в динамічній) санкції статей 194, 194-1, 270-1, 292 і 360 КК України.

3. У процесі висвітлення теоретично-прикладних питань тлумачення, застосування і вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої умисному знищенню або пошкодженню об'єктів ЖКГ, і «споріднених» з нею статей КК України, дисертант загалом компетентно і цікаво висловлюється з приводу фундаментальних проблем кримінального права – кримінально-правової характеристики злочину, вчення про криміналізацію, сучасного стану і перспектив взаємодії кримінально-правової науки і діяльності законодавця, приміток у кримінальному законі, кримінальної відповідальності організацій тощо. Водночас окремі такі висловлювання є дискусійними або принаймні незавершеними.

Так, розглядаючи проблему потерпілого від злочину, передбаченого ст. 270-1 КК України, здобувач обмежується некритичним відтворенням точки зору М. В. Сенаторова, згідно з якою потерпілим від злочину є соціальний суб'єкт (фізична чи юридична особа, держава, інше соціальне утворення або суспільство загалом), благу, праву чи інтересу якого завдається шкода або створюється загроза такої (с. 103). Між тим, проблема визначення кримінально-правового поняття потерпілого від злочину існує, і наукова позиція, протилежна викладеній точці зору, зводиться до того, що потерпілий від злочину – це факультативна ознака об'єкта злочину, що характеризує людину (фізичну особу), з приводу якої вчинюється злочин та (або) який, відповідно до кримінально-правової норми, злочином завдається істотна шкода (чи створюється загроза її заподіяння). Якщо ж вважати потерпілим від злочину, наприклад, суспільство в цілому, то злочинів без потерпілого як ознаки об'єкта злочину просто не існуватиме. У літературі наводяться й інші вагомі аргументи на користь того, що потерпілим у кримінально-правовому розумінні цього поняття виступає лише людина.

Найбільш обґрунтованою серед теорій причинного зв'язку здобувач називає теорію необхідного спричинення (с. 134). Причому внаслідок посилання на відповідне джерело (у списку використаних джерел під № 233 фігурує книга: Ярмыш Н. Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ) : моногр. / Н. Н. Ярмыш. – Харьков : Право, 2003. – 512 с.) складається враження, що Н.М. Ярмиш обстоює згадану теорію. Однак ця авторка, виступаючи прибічницею методу лінгвістичної інтуїції в кримінальному праві і, до речі, одним із численних критиків теорії необхідного спричинення, пише, що ні випадковість, ні необхідність для визначення причинного зв'язку як онтологічної категорії використовуватися не можуть. Адже одне з цих понять (випадковість) належить до процесу утворення самих причин, інше (необхідність) – слугує способом формування уявлень про причинність. Узагалі ж, з урахуванням складності (фундаментальності) проблеми причинного зв'язку в кримінальному праві і наявності серйозної критики на адресу теорії необхідного спричинення, дисертанту при висвітленні вказаної проблематики варто було бути більш виваженим, зробивши в тексті своєї роботи відповідні застереження.

Можна по-різному (у тому числі критично, як це робить здобувач) ставитись до запровадження українським законодавцем заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб, однак називати цей крок «таким, що суперечить і приписам Основного Закону України, і положенням чинного кримінального законодавства» (с. 145) я б не став. Річ у тім, що в КК України знайшла втілення така (компромісна) модель кримінально-правового реагування на протиправну поведінку юридичної особи, у межах якої суб'єктом злочину і кримінальної відповідальності продовжує визнаватися фізична особа, а до юридичної особи застосовуються заходи кримінально-правового характеру, що не є формою кримінальної відповідальності.

4. Один з альтернативних суспільно небезпечних наслідків основного складу злочину «умисне знищення або пошкодження об'єкта життєзабезпечення» дисертант пропонує позначити як «тимчасове припинення отримання споживачами товарів та послуг, надання яких забезпечується за допомогою функціонування об'єктів, вказаних у примітці до цієї статті» (с. 127, 139, 202). Загалом вважаючи таку пропозицію слушною, водночас вважаю за доцільне звернути увагу на дві обставини.

По-перше, в сучасній правовій доктрині України немає єдності думок з питання про поняття споживача і, зокрема, щодо охоплення цим поняттям не лише фізичних осіб (тих, які придбавають, замовляють, вико-

ристовують або мають намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника), а й юридичних осіб, а також щодо виокремлення поряд із «кінцевими» «виробничих» споживачів – суб'єктів господарювання, які споживають (використовують, купують) ті чи інші товари, роботи, послуги в процесі своєї господарської діяльності. Спираючись на положення чинного законодавства (закони України «Про захист прав споживачів», «Про житлово-комунальні послуги», «Про питну воду та питне водопостачання», «Про електроенергетику», «Про теплопостачання», розпорядження Антимонопольного комітету України «Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку» тощо), дослідники по-різному відповідають на зазначені питання. Закономірно постає питання, чи не буде за такої правової невизначеності вказівка на споживачів у диспозиції оновленої ст. 194-1 КК України безпідставно звужувати сферу застосування цієї кримінально-правової заборони (особливо з урахування імперативу «усі сумніви – на користь особи, діянню якої кваліфікується»)?

По-друге, аналізоване формулювання, хоч і вирішує певним чином проблему того, що кожен випадок умисного знищення або пошкодження об'єкта ЖКГ може бути визнаний злочинним, здатне викликати низку непростих для вирішення на практиці питань, зокрема: чи слід кваліфікувати за ст. 194-1 КК України (в пропонованій дисертантом редакції) випадки, коли внаслідок дій винної особи надання відповідних послуг припиняється на дуже короткий строк (припинення водо-, тепло-, енергопостачання на декілька хвилин тощо)? Чи визнаватиметься злочинним умисне знищення або пошкодження об'єкта ЖКГ, яке призвело до припинення отримання відповідних товарів та послуг одним споживачем, але при цьому на тривалий час? Так, дисертант резонно згадує про можливість посилання на ч. 2 ст. 11 КК України (с. 127–128), проте з урахуванням оціночного характеру кримінально-правового поняття малозначності навряд чи таке посилання може вважатись задовільним вирішенням проблеми.

5. Дисертант обстоює положення про недоцільність вказівки в ч. 1 ст. 270-1 КК України (її замінику) на такий вид суспільно небезпечних наслідків, як спричинення небезпеки для життя чи здоров'я людей, оскільки кожен випадок умисного знищення чи пошкодження об'єкта ЖКГ (як і будь-якого іншого об'єкта життєзабезпечення) має потенційну здатність викликати настання таких наслідків (с. 10, 28–29, 96, 115, 122, 128 та ін.). Стверджується, що така ознака об'єктивної сторони, як спричинення небезпеки для життя чи здоров'я людей, не спроможна виконувати роль «бар'єру» («фільтру»), який би залишив поза сферою дії кримінального закону більшість випадків умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ, рівень суспільної шкідливості яких є недостатнім для визнання їх злочинними (с. 31, 130, 198). У ч. 1 оновленої ст. 194-1 КК України замість зазначеного недієвого «фільтру» пропонується вказати «на такий простий та зрозумілий для всіх вид наслідків, як «заподіяння шкоди здоров'ю людини», як це і зроблено у всіх статтях (271–275), розміщених у розділі X Особливої частини КК України «Злочини проти безпеки виробництва» (с. 130, 202).

З приводу викладеного зауважу, що в частинах перших статей 272–275 КК України поряд із вказівкою на заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого альтернативно передбачений і такий суспільно небезпечний наслідок, як створення загрози загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків (тобто йдеться про делікт створення небезпеки). Так що відповідний аргумент не переконує.

Теза здобувача про «простоту» і «зрозумілість для всіх» такого виду наслідків, як заподіяння шкоди здоров'ю людини, мною також сприймається критично, бо в юридичній літературі наводяться різні точки зору з питання про зміст цього кримінально-правового поняття (наприклад, щодо охоплення ним легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності). Л.П. Брич доводить, що ситуацію з тлумаченням терміну «шкода здоров'ю людини» навряд чи можна однозначно вирішити на базі чинного законодавства; *de lege ferenda* суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю варто позначати вказівкою на конкретний вид, розмір шкоди, кількість потерпілих і форму вини. Термін «заподіяння шкоди здоров'ю людини» для позначення суспільно небезпечних наслідків придатний лише як узагальнююче поняття, зміст якого має бути законодавчо уточнений щодо кожного конкретного злочину.

На мій погляд, склад злочину «умисне знищення або пошкодження об'єкта життєзабезпечення» частково все ж може бути сконструйований як делікт поставлення в небезпеку. Такі делікти, за справедливим висловлюванням М.І. Панова, порушують стан захищеності, безпеки суспільних відносин, поставлених під охорону кримінального закону, порушують безпечні умови їх функціонування. Законодавець, криміналізуючи делікти поставлення в небезпеку, не обмежується в таких випадках вказівкою на порушення спеціальних правил із тим, щоб уникнути формального підходу при кримінально-правовій оцінці вказаних порушень без урахування ступеня небезпеки, створеної ними для охоронюваних законом суспільних відносин.

Та обставина, що відповідний «фільтр» не спрацьовує, свідчить не стільки про ваду чинної редакції ст. 270-1 КК України в певній її частині, скільки про проблеми правозастосування, і не може слугувати вирішальним аргументом на користь повної відмови від конструкції делікту поставлення в небезпеку в розглядуваній ситуації. Тому більш перспективним вважаю шлях розроблення рекомендацій щодо застосування ст. 270-1

КК України (її замінника), які б орієнтували правозастосувача на те, що кримінально караними мають визнаватися лише ті прояви умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ (життєзабезпечення), які створили реальну (а не потенційну) небезпеку для життя і здоров'я людей, яка не настала лише через певні обставини, що не залежали від волі винної особи.

6. Дисертація написана добірною українською мовою, читається легко і з цікавістю. Тим більше прикрою є наявність у тексті роботи деяких неточностей і мовних помилок, які слід неодмінно виправити при підготовці монографії за результатами захисту дисертації.

Так, фраза «... та обставина, що предметом проектованої норми (як і ст. 270-1 КК України) може виступати не лише чуже, а й своє майно» (с. 101) не бере до уваги того, що певне майно є предметом не кримінально-правової норми, а передбаченого нею злочину.

Викладаючи диспозицію ч. 1 ст. 270-1 КК України, дисертант неодноразово пише про створення загрози неможливості експлуатації або порушення нормального функціонування об'єктів ЖКГ (с. 116, 122, 123, 126, 135, 136 та ін.). Однак у чинній редакції цієї норми КК використовується дещо інше формулювання: «Умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства, якщо це призвело або могло призвести до неможливості експлуатації, порушення нормального функціонування таких об'єктів (як бачимо, про «створення загрози» тут не йдеться).

На С. 28, 123, 167, 170 говориться про «корисні мотиви», «користь», «корисні потреби» (а треба про корисливі мотиви, спонукання тощо). На С. 154 при розкритті суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 270-1 КК України, двічі використовується російське «відношення».

Ні малозначність, ні обмежену осудність немає достатніх підстав визнавати саме кримінально-правовими інститутами, як про це зазначає дисертант (с. 128 і С. 147, відповідно).

Словосполучення «знижений вік кримінальної відповідальності» (с. 148, 149) не враховує того, що кримінальна відповідальність віку не має.

Посилання на підтвердження тези про вину як основну ознаку суб'єктивної сторони будь-якого складу злочину на ст. 62 Конституції України (с. 151) є хоч і зрозумілим (можна навіть сказати – традиційним), проте, на мою думку, недоречним з огляду невиправдану полісемію у вживанні в межах Конституції, КК і КПК України термінів «вина» і «винуватість». Зокрема, у ч. 1 ст. 62 Конституції України мова повинна йти про доведення в законному порядку не вини (зміст цього кримінально-правового поняття визначений у ст. 23 КК), а винуватості (Р.В. Вереша).

ВІДГУК НА ДИСЕРТАЦІЮ С.М. ЧАБАНЕНКА «КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ ІЗ ДІЯЛЬНІСТЮ ПОЗАБЮДЖЕТНИХ ЦІЛЮВИХ ФОНДІВ»¹

Відповідно до Конституції України всі громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, інших джерел соціального забезпечення. Однак реалізація соціальної функції Української держави на сьогодні серйозно ускладнена з огляду на погіршення демографічної ситуації і масштабну «тінізацію» економіки.

Останнім часом держава вживає непопулярних і жорстких заходів, спрямованих на легалізацію фонду оплати праці. Йдеться, зокрема, про здійснене на підставі Закону від 6 грудня 2016 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» доповнення ст. 265 Кодексу законів України про працю «Відповідальність за порушення законодавства про працю» положеннями про «драконівські» штрафи, які явно переважають розміри штрафів як покарань, передбачених Кримінальним кодексом України. Так, за недопущення до проведення перевірки з питань дотримання законодавства про працю, створення перешкод при проведенні перевірки з питань виявлення порушень щодо фактичного допуску працівника до роботи без оформлення трудового договору (контракту), оформлення працівника на неповний робочий час у разі фактичного виконання роботи повний робочий час, установлений на підприємстві, та виплати заробітної плати (винагороди) без нарахування та сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та податків встановлено штраф у стократному розмірі мінімальної заробітної плати, встановленої законом на момент виявлення порушення (з 1 січня 2017 р. – це 320 тис. грн).

Вести мову про наукове забезпечення запровадження подібних законодавчих новел, їхню міжгалузеву узгодженість, вочевидь, не доводиться.

Сталося так, що вітчизняні дослідники зосереджували свої зусилля на з'ясуванні та вирішенні кримінально-правових і кримінологічних проблем бюджетних злочинів (О.В. Тихонова «Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України», В.М. Руфанова «Кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів», Р.А. Волинець «Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства України (ст. 210 КК України)», О.З. Гладун «Злочини проти порядку виконання бюджету: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання»). Як наслідок, кримінологічних робіт монографічного рівня, присвячених вивченню злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів (зокрема, в контексті запобігання вчиненню таких злочинів, а А.П. Закалюк справедливо називав запобігання злочинності головним завданням кримінології), бракує, і цю прогалину наукова кваліфікаційна праця С.М. Чабаненка своєчасно заповнює.

Слід вказати і на складність визначення кола і змісту детермінантів злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів, адже обрана для вивчення матерія є комплексною – такою, що поєднує риси як економічної, так і службової злочинності.

Наукова новизна дисертації С.М. Чабаненка визначається тим, що ні кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів, ні теоретичні і прикладні проблеми запобігання вказаним злочинам ще не були в Україні предметом самостійного монографічного дослідження.

Вважаю, що є аргументованими, а тому заслуговують на підтримку міркування здобувача про: належність обраної теми до числа міждисциплінарних; бланкетний характер диспозицій кримінально-правових норм про відповідальність за злочини, пов'язані з діяльністю позабюджетних цільових фондів, і зумовлену цією обставиною необхідність урахування під час кримінально-правової кваліфікації вказаних злочинів положень регулятивних нормативних правових актів щодо діяльності зазначених фондів; службово-економічну спрямованість злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів; суть кримінологічної характеристики злочинів; типові порушення в діяльності позабюджетних цільових фондів, які потребують кримінально-правової оцінки; поділ детермінантів злочинів на соціально-економічні, політико-ідеологічні, правові, соціально-психологічні, організаційно-управлінські та детермінанти, пов'язані з вадами правоохоронної діяльності; нетотожність понять «суб'єкт злочину» та «особа злочинця»; синонімічність понять «запобігання злочинам» і «попередження злочинів», доречність використання першого з них і виокремлення трьох рівнів запобігання злочинам – загальнодержавного, спеціально-кримінологічного та індивідуального; включення

¹ Захист відбувся 25 лютого 2017 р. у Харківському національному університеті внутрішніх справ.

в число спеціально-кримінологічних заходів запобігання злочинності проведення кримінологічної експертизи, невичерпний характер переліку таких заходів, необхідність розроблення та ухвалення закону України, присвяченого проведенню антикорупційної експертизи нормативних правових актів та їх проектів; форми взаємодії державних органів у сфері протидії досліджуваним злочинам (с. 12, 158, 171).

Зауваження.

1. Розділ 1 дисертації має назву «Законодавче забезпечення запобігання злочинам, пов'язаним із діяльністю позабюджетних цільових фондів». Вважаю таку назву невдалою: 1) ця назва і назва підрозділу 1.2 є тотожними; 2) методологічні засади дослідження відповідної проблематики (підрозділ 1.1) явно не «вписуються» в поняття законодавчого забезпечення запобігання певним злочинам; 3) фактично в цьому розділі (зокрема, в його підрозділі 1.2) питання запобігання злочинам, пов'язаним із діяльністю позабюджетних цільових фондів, включаючи законодавче забезпечення такого запобігання, не висвітлюються. Тут йдеться про інше – про поняття і класифікацію позабюджетних цільових фондів, поняття державних коштів та його співвідношення із суміжними поняттями, зміни в законодавчому регулюванні діяльності різноманітних фондів; 4) розділ 1 дисертації (умовно кажучи, вступний розділ) нелогічно одразу присвячувати запобіганню певним злочинам, адже розгляду цієї проблеми має передувати розкриття кримінологічної характеристики злочинів.

Саме в розділі 1 доцільно було виокремити підрозділ, присвячений поняттю і видам злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів. Тим більше, що авторську класифікацію таких злочинів включено в положення, які висуваються на захист (причому в рубрику «уперше») (с. 11), а наведене в підрозділі 2.1 обґрунтування вказаної класифікації не відзначається чіткістю і переконливістю. Потреба в такому «понятійному» підрозділі зумовлена і тим, що в тексті дисертації здобувач для позначення досліджуваної ним групи злочинів послуговується й іншими зворотами – злочини у сфері діяльності позабюджетних цільових фондів, злочини, пов'язані з незаконним використанням державних коштів позабюджетних цільових фондів, злочини щодо незаконного використання державних коштів, пов'язані з діяльністю позабюджетних цільових фондів, злочини у позабюджетній сфері з використанням державних коштів соціального призначення. Закономірно постає питання про співвідношення цих понять, не говорячи вже про бажану уніфікацію використаної термінології.

2. Мета дисертаційного дослідження також сформульована не зовсім вдало. Здобувач пише: «Метою дисертації є комплексна кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів у сучасних умовах та розроблення пропозицій з удосконалення чинного законодавства України в частині запобігання злочинам, які вчиняються у зазначений сфері» (с. 8). Але ж поліпшення запобігання досліджуваним злочинам (і це чітко показано в розділі 3 дисертації) не варто зводити до вдосконалення законодавства України. На С. 9 одна із задач дослідження визначена таким чином: на основі аналізу загальнодержавних та спеціально-кримінологічних заходів запобігання визначити шляхи їх удосконалення. Вважаю, що цей аспект і мав бути відображений в меті роботи.

Одну із задач свого дослідження здобувач вбачає в тому, щоб «дослідити специфіку детермінантів, що сприяють вчиненню злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів» (с. 8–9). Однак серед цих детермінантів є (повинні бути) і причини відповідних злочинів, які не просто сприяють, а породжують їх вчинення, про що, до речі, пише і дисертант (с. 10, 82 та ін.). З огляду на триваючу в кримінології дискусію з питання про класифікацію детермінантів злочинності за їхнім функціональним призначенням, бажано дотримуватись термінологічної точності.

3. Із запропонованого дисертантом визначення кримінологічної характеристики злочинів, пов'язаних із діяльністю державних цільових фондів (с. 10–11, 39, 55, 168–169), випливає, що такі злочини, серед іншого, характеризуються спеціально визначеним предметом – державними коштами. Проте, хіба є достатні підстави вважати, що кошти, які лише повинні бути сплачені і надійти таким адресатам, як позабюджетні цільові фонди, мають позначений статус – є державними? Зокрема, вказане стосується коштів, які повинні сплачуватись як страхові внески та ухилення від сплати яких може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України.

Поставлю для обговорення ще одне питання, пов'язане з використанням поняття державних коштів. Якщо останнє, як стверджує здобувач, є дуже широким та охоплює кошти не лише позабюджетних цільових фондів, а і, зокрема, кошти Державного бюджету України та місцевих бюджетів, НБУ, державного матеріального резерву, Аграрного фонду (с. 38–39, 45 та ін.), то наскільки виправдано визнавати ця поняття однією з визначальних (ідентифікуючих) ознак саме тих злочинів, які пов'язані з діяльністю позабюджетних цільових фондів?

На С. 168–169 дисертації говориться, що зазначені злочини характеризуються також корисливим мотивом. Насправді далеко не всі посягання, що утворюють групу злочинів, яких дисертантом віднесено до числа тих, що пов'язані з діяльністю позабюджетних цільових фондів (статті 190, 191, 210, 212, 212-1, 358, 364, 365, 366, 367 КК України), вчиняються з корисливих спонукань.

4. Дисертант послідовно наполягає на тому, що передбачене ст. 212 КК України ухилення від сплати податків і зборів слід відносити до злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів (с. 11, 106

та ін.). На підтвердження цієї думки здобувач посилається на п. 131.3 ст. 131 Податкового кодексу України (згідно з цією нормою суми пені зараховуються до бюджетів або державних цільових фондів, до яких згідно із законом зараховуються відповідні податки), а також на один із науково-практичних коментарів КК України (у ньому стверджується, що предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є грошові кошти, які підлягають сплаті до бюджетів або державних цільових фондів у виді податків, зборів; див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-е вид., допов. – Х.: Право, 2013. – 1040 С. Т. 2: Особлива частина. – С. 307).

Особисто я дотримуюсь іншої точки зору. Вона ґрунтується на тому, що згідно з Податковим кодексом України (зокрема, його ст. 6) як загальнодержавні, так і місцеві податки і збори зараховуються лише до відповідних бюджетів. У зв'язку з цим збереження в ст. 212 КК України вказівки на ненадходження коштів до державних цільових фондів свідчить (не більше і не менше) тільки про неузгодженість кримінального і регулятивного (податкового) законодавства. Положення ж, закріплене в п. 131.3 ст. 131 Податкового кодексу України, є класичним проявом неякісної законотворчості, коли приписи чинного раніше законодавства механічно включаються в нові законодавчі акти. Зверну увагу і на ст. 1 Податкового кодексу України «Сфера дії Податкового кодексу України», з якої чітко випливає, що питання справляння відмінних від податків і зборів соціальних внесків не регулюються цим Кодексом. На сьогодні порядок нарахування, обчислення та сплати страхових внесків істотно відрізняється від порядку нарахування, обчислення та сплати податків і зборів. На відміну від податків, соціальні платежі, різновидами яких виступають згадані в ст. 212-1 КК України єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, мають не стільки фіскальну, скільки компенсаційну природу і розглядаються як відкладена частина оплати праці для матеріального забезпечення у випадку настання страхового випадку – нещасного випадку на виробництві, професійного захворювання, безробіття, досягнення пенсійного віку, тимчасової непрацездатності тощо.

Відповідно, ухилення від сплати податків і зборів, на відміну від посягання, передбаченого ст. 212-1 КК України, я б не став відносити до числа злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів. Показовою в цьому аспекті є та обставина, що, формулюючи в анкеті для опитування правоохоронців варіанти відповіді на питання, які злочини слід відносити до злочинів щодо незаконного використання державних коштів, пов'язаних з діяльністю позабюджетних цільових фондів (с. 211), здобувач не згадує ухилення від сплати податків і зборів (ст. 212 КК України).

5. До злочинів, пов'язаних із діяльністю позабюджетних цільових фондів, дисертант пропонує відносити, серед іншого, каране за ст. 210 КК України нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (с. 10, 55–56 та ін.).

На мій погляд, викладена позиція не ґрунтується ні на чинній редакції ст. 210 КК України (предметом передбаченого нею злочину не визнаються кошти цільових страхових фондів, які здійснюють керівництво та управління за видами загальнообов'язкового державного соціального страхування), ні на регулятивному законодавстві (згідно зі ст. 14 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування кошти цільових страхових фондів, у тому числі Пенсійного фонду України, не включаються до складу Державного бюджету України при тому, що кошти вказаних фондів обслуговуються Державною казначейською службою України). Порушення законодавства про зазначене страхування можуть кваліфікуватись за статтями 165-1, 165-3, 165-4, 165-5 КУАП (якщо у вчиненому не вбачається ознак складу певного злочину у сфері службової діяльності або злочину проти власності).

Інша справа, що сфера застосування вдосконалених статей 210, 211 КК України має бути поширена на зловживання з коштами фондів державного загальнообов'язкового соціального та пенсійного страхування. Адже ці кошти, хоч і не включені до бюджету, використовуються для виконання функцій держави – надання соціальних послуг та матеріального забезпечення непрацездатної частини населення чи у зв'язку з настанням певних подій, тобто за своїм соціальним призначенням і порядком використання кошти зазначених фондів не відрізняються від бюджетних коштів.

Складається враження, що дисертант поділяє думку про доцільність поширення дії оновленої ст. 210 КК України на кошти цільових позабюджетних фондів (с. 33–34), однак міркуванням Сергія Миколайовича з цього приводу бракує чіткості і завершеності. Так, констатувавши наявність у КК РФ окремої статті про відповідальність за незаконне витрачання посадовою особою коштів позабюджетних цільових фондів (до складу таких фондів відносяться Пенсійний фонд, Фонд соціального страхування, Державний фонд зайнятості населення та Федеральний фонд обов'язкового медичного страхування), здобувач робить вельми несподіваний висновок про те, що «законодавство Україні повною мірою забезпечує можливість ефективного застосування заходів, спрямованих на недопущення вчинення злочинів у сфері діяльності позабюджетних цільових фондів» (с. 40).

Проте, якщо це так, то вдосконалювати ст. 210 КК України в напрямі розширення предмета передбаченого нею злочину не потрібно, як і не потрібно виокремлювати в нашому КК ст. 210-1 «як таку, що передбачає

відповідальність за злочини не у господарській сфері, а у сфері державних фінансів, враховуючи концепцію Н.О. Гурорової щодо можливості виділення блоку злочинів у сфері державних фінансів» (с. 57).

До речі, стаття із номером 210-1 розміщуватиметься (треба так розуміти) в розділі VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності», а отже, такий крок не матиме нічого спільного з виділенням кримінально-правових норм про злочини проти державних фінансів. До того ж підтримувана С.М. Чабаненком доктринальна пропозиція чітко диференціювати в законодавчому порядку відповідальність за злочини проти державних та інших фінансів навряд чи може бути прийнята однозначно.

6. Оскільки дисертація виконана за науковою спеціальністю, що включає в себе кримінальне право, не можна залишити поза увагою ту обставину, що в тексті роботи зустрічаються висловлювання, некоректні саме з кримінально-правової точки зору.

Так, до спеціально-кримінологічних заходів запобігання аналізованим злочинам автор відносить, зокрема, «застосування заохочувальних норм і заходів кримінально-правового впливу» (с. 11–12, 166). Із таким співвідношенням погодитись складно, адже заходи кримінально-правового впливу, як видається, охоплюють застосування заохочувальних кримінально-правових норм.

Із висловлювань на С. 71–72 роботи випливає, що запровадження заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб здобувач розглядає як посилення кримінальної відповідальності. Насправді в КК України знайшла втілення, так би мовити, компромісна модель кримінально-правового впливу на юридичну особу, в межах якої суб'єктом злочину і кримінальної відповідальності продовжує визнаватись лише фізична особа, а до юридичної особи застосовуються вказані заходи, що не є реалізацією кримінальної відповідальності.

На С. 106 дисертації зазначається, що серед суб'єктів вчинення досліджуваних злочинів переважають: 1) службові особи; 2) посадові особи; 3) державні службовці; 4) юридичні особи приватного права; 5) фізичні особи – підприємці; 6) пенсіонери. В основу викладеної класифікації суб'єктів чомусь покладено різні критерії (вік, службове становище, сфера тощо), що дозволяє вказати на її нелогічність. З погляду ж кримінального права виникає питання про співвідношення понять «службова особа», «посадова особа» і «державний службовець». Повторю і те, що юридичну особу (в тому числі приватного права) немає підстав вважати суб'єктом злочину.

На С. 76 роботи можна прочитати, що кримінально-правова характеристика діянь полягала у: заволодінні чужим майном шляхом обману з корисливих спонукань, що спричинило значну шкоду; неналежному виконанні службових обов'язків (несвоєчасному перерахуванні до Пенсійного фонду єдиного внеску на соціальне страхування працівників підприємства); умисному ухиленні від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, вчиненому службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності, яка зобов'язана їх сплачувати; використанні завідомо підробленого документа; розтраті чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем; службовій недбалості, що виражається в неналежному виконанні службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом інтересам.

Навіть за існуючої в доктрині дискусійності питання про складові кримінально-правової характеристики злочину охоплювати цим поняттям простий перелік злочинів не слід.

7. Дисертант погоджується з В.В. Пивоваровим у тому, що «економічна злочинність охоплює злочини, передбачені такими розділами КК України: «Злочини проти власності» та «Злочини у сфері господарської діяльності» (с. 50). Насправді ситуація позбавлена однозначності і змушує робити застереження, зумовлені тим, що частина злочинів проти власності вчиняється поза сферою економічної діяльності. Наприклад, ст. 190 КК України сформульована таким чином, що охоплює як традиційне (побутове) шахрайство, яке жодного відношення до економічної діяльності не має, так і комерційне шахрайство (шахрайство у бізнесі). А карані за ст. 191 КК України привласнення або розтрата майна можуть бути вчинені щодо того майна, правомочності щодо якого виникли у винного на підставі цивільно-правових договорів, тобто в цій частині вчинене немає підстав визнавати економічним злочином.

Ніхто не сумнівається в значущості власності не лише як показника добробуту окремих членів суспільства, а і як одного із структурних елементів економічної системи, економічної основи розвитку суспільства. Разом з тим відносини власності не можуть бути обмежені лише економічною сферою – вони є першоосновою для соціальної політики і культурного життя, пов'язані з національною політикою держави і забезпеченням основних прав людини. Занадто широкий підхід, у межах якого злочини проти власності відносяться (без будь-яких застережень) до економічних посягань, з кримінально-правової точки зору є неприйнятним: він не дозволяє чітко виокремити ту сферу відносин, яка, будучи врегульованою державою, охоплює виробництво, розподіл, обмін і споживання товарів і послуг серед невизначеної кількості учасників у процесі здійснення систематичної продуктивної діяльності і потребує належної кримінально-правової охорони.

8. Характеризуючи емпіричну базу свого дослідження, автор констатує, що її, зокрема, становлять 311 кримінальних проваджень, переданих до прокуратури, і 810 вироків судів, оприлюднених в Єдиному державному

реєстрі судових рішень і винесених судами різних областей України з січня 2003 р. по серпень 2016 р. (с. 10). Водночас у додатку «Ж» із назвою «Вироки судів щодо незаконного використання державних коштів, пов'язаним з діяльністю позабюджетних цільових фондів коштів» міститься таблиця, в якій наведено відомості лише щодо 20 вироків (с. 266–233). При цьому в дисертації відсутнє пояснення (сподіваюсь, що воно буде надане під час захисту), чому для аналізу обрано саме ці вироки і таку їхню кількість. Немає в роботі й аналітичної довідки за результатами вивчення вироків та інших процесуальних документів у задекларованому обсязі. Відтак, не можуть не виникати сумніви щодо справжньої кількості досліджених судових рішень.

ФУНДАМЕНТАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗЛОЧИННИХ НАСЛІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ¹

В юридичній літературі проблематика змісту, структури, видів і кримінально-правового значення злочинних наслідків не обійдена увагою. Інтерес науковців до наслідків кримінально караної поведінки людини цілком зрозумілий, адже йдеться про зовнішню, найбільш інформативну сторону злочину, фіксації складових якої віддає перевагу і законодавець, і провозастосувач. Практично кожен сучасний дослідник проблем Особливої частини кримінального права України торкається тих чи інших аспектів суспільно небезпечних наслідків, однак, як правило, лише з точки зору з'ясування їх суті як ознаки об'єктивної сторони складу конкретного злочину. При цьому проблематика злочинних наслідків є настільки важливою, універсальною і тісно пов'язаною зі стрімкими процесами криміналізації різних сфер життєдіяльності українського суспільства, що має бути проаналізована всебічно, комплексно (так, як це свого часу зробили, зокрема, С. Землюков, В. Кудрявцев, Н. Кузнецова, В. Малінін, В. Мальцев, О. Парфьонов, Г. Тімейко, В. Філімонов), на рівні фундаментальної наукової праці, яка б дозволила наблизитись до розуміння цього складного явища з погляду здійснення ефективної та адекватної кримінально-правової охорони суспільних відносин. Саме такою працею є, на наше переконання, монографія, підготовлена доцентом кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидатом юридичних наук Павлом Берзіним (див.: Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: монографія. – К.: Дакор, 2009. – 736 с., написавши яку дослідник зміг запропонувати науковій спільноті новий, переосмислений погляд на феномен наслідків злочину в кримінальному праві та перспективи вдосконалення їх законодавчого втілення.

Рецензована праця відрізняється від відомих нам робіт вітчизняних авторів із подібної тематики своєю концептуальністю, що передусім знаходить своє відображення у ретельно продуманій і методологічно правильній послідовності викладення матеріалу. Структура монографії, яку складають п'ять логічно пов'язаних між собою розділів, яскраво демонструє успішно втілений дослідницький задум: крізь призму аналізу найактуальніших проблем злочинних наслідків у кримінальному праві сформулювати про них цілісне та повне уявлення. Починаючи з розгляду концептуальних засад дослідження наслідків як кримінально-правового явища (розділ I) і визначення їх місця в механізмі кримінально-правового регулювання (розділ II), автор надалі справедливо акцентує увагу на значенні наслідків при розв'язанні основних проблем Загальної частини кримінального права України (розділ III) та проблем Особливої частини кримінального права України (розділ IV).

Вирішення окремих питань врахування наслідків у нормах Загальної частини КК України слушно пов'язується П. Берзіним з особливостями визначення злочинних наслідків при вирішенні основних проблем місця і часу вчинення злочину, із визначенням наслідків в юридичній конструкції складу малозначного діяння, складах готування до злочину, незакінченого та закінченого замахів на злочин, нормативному змісті поняття вини та окремих її форм, співучасті у злочині, юридичних конструкціях обставин, що виключають злочинність діяння, а також із розв'язанням деяких проблем призначення покарання.

Правильним видається і підхід автора, використаний ним при висвітленні особливостей врахування наслідків у нормах Особливої частини КК України, а саме у розділі IV монографії продемонстровані основні техніко-юридичні та спеціально-юридичні аспекти наслідків як елемента складу злочину певного виду та показані (на прикладі складів злочинів у сфері господарської діяльності) окремі проблеми їх змістовних характеристик. Особливо цікавим з точки зору прикладних аспектів проблематики злочинних наслідків і важливим, з огляду на обраний предмет дослідження, є аналіз актуальних проблем врахування наслідків при кваліфікації злочинів на прикладі окремих злочинів у сфері господарської діяльності (розділ V монографії). Зокрема, поділяємо позицію автора, який висловлюється за включення до змісту матеріальної шкоди у складах названих злочинів не лише реальних збитків, а й упущеної (втраченої) вигоди (с. 578–581, 729).

Як позитив відзначаємо те, що значну частину свого дослідження автор присвятив визначенню поняття і структурних елементів механізму кримінально-правового регулювання, а також особливостям врахування наслідків у його змісті на рівні двох режимів функціонування: по-перше, це режим дотримання особою відповідних кримінально-правових заборон і, по-друге, це режим порушення вказаних заборон, пов'язаний із вчиненням як злочину, так і суспільно небезпечного діяння неосудної особи та особи, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.

Заслужовують на увагу запропоновані і добре обґрунтовані автором чотири варіанти використання терміну «наслідки»: перший (суспільно небезпечні наслідки) – для позначення результату суспільно небезпечної поведінки в її найбільш загальному розумінні або, інакше кажучи, результату так званої кримінально-правової аномалії; другий (злочинні наслідки) – для позначення результату певного типу суспільно небезпечної пове-

¹ Рецензія написана в співавторстві з Є.О. Письменським і Г.О. Усатим та опублікована: Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 120–124. У книгу «О.О. Дудоров. Вибрані праці з кримінального права» (2010 р.) ця рецензія, написана наприкінці 2009 р., не ввійшла.

дінки (діяння), який визначений законом як злочин певного виду; третій (наслідки як елемент складу злочину) – для позначення законодавчої моделі результату злочину певного виду (як елемент об'єктивної сторони складу конкретного злочину); четвертий (кримінально-правові наслідки) – для позначення системи заходів кримінально-правового впливу, що застосовуються за відповідний тип суспільно небезпечної поведінки.

Ще одне достоїнство рецензованої праці – її зв'язок з істотними теоретичними проблемами сьогодення. Так, автор робить досить вдалу спробу вирішити питання про суть суспільної небезпечності діяння як об'єктивно-суб'єктивної категорії (с. 40–44, 54–55, 60–65 та ін.); не менш важливим є розгляд питання про співвідношення понять «об'єкт кримінально-правової охорони», «об'єкт посягання» та «об'єкт злочину» (с. 84–98). Слушною є думка автора про те, що закріплене в КПК України поняття потерпілого повністю не вичерпує всіх характеристик існуючого взаємозв'язку між об'єктом злочину та особою, якій унаслідок вчинення злочину заподіяно шкоду (с. 112–113).

Як відомо, однією з найбільш гострих кримінально-правових проблем на сьогодні є звернення під час кваліфікації злочинів до такої величини, як НМДГ, абсолютний розмір якого внаслідок «прив'язування» до рівня мінімальної зарплати щорічно зростає, що, безперечно, не відповідає потребам кримінального права. Продовжується негативна практика кваліфікації на підставі норм не кримінального, а податкового закону; відбувається соціально необґрунтована декриміналізація діянь; інші діяння кваліфікуються як менш серйозні злочини, і покарання за них не відповідають їх суспільній небезпеці; утворено і посилюється розрив між розмірами шкоди, необхідними для кваліфікації, та розмірами штрафів, визначених у санкціях статей КК; як наслідок, знижується ефективність боротьби зі злочинністю та не забезпечується належний захист прав громадян, особливо малозабезпечених верств населення. Ця обставина спонукає вітчизняних правників відшукувати нові, максимально ефективні шляхи використання кримінально-правового інструментарію з метою забезпечення дієвого захисту особи, суспільства і держави від злочинних посягань.

П. Берзін дуже ретельно і, на нашу думку, найбільш ґрунтовно в сучасній юридичній літературі України досліджує проблему горезвісного НМДГ, справедливо позначаючи її як проблему грошових обчислень змісту наслідків та інших елементів складу злочину, а також розмірів штрафу за КК. Розмірковуючи над оптимізацією вказаних грошових обчислень, науковець доречно звертається до різноманітних критеріїв: певної суми (сум) національної валюти (гривні); НМДГ; мінімальної заробітної плати; податкової соціальної пільги; прожиткового мінімуму; умовної розрахункової (фінансової) одиниці. П. Берзіном висвітлюються також соціальні та інструментальні (спеціально-юридичні) аспекти (орієнтири) функціонування (режиму) НМДГ у правовій системі України, розглядаються проблемні аспекти індексу споживчих цін (індексу інфляції), соціально-регулятивна функція та функція заміщення мінімальної заробітної плати (с. 475–569). Слушною видається пропозиція автора в санкціях норм КК України підвищити максимальну межу розміру покарання у виді штрафу, що обчислюється в сумі (сумах) національної валюти, до мінімального розміру тієї суми національної валюти, яка використовується в таких нормах для визначення змісту наслідків та інших елементів складів злочинів (с. 563).

Зміст монографії засвідчує, що П.Берзін сумлінно опрацював значний обсяг загальнотеоретичної і спеціальної літератури, кримінальне законодавство багатьох зарубіжних держав, положення регулятивного (господарського, цивільного, фінансового, митного, податкового тощо) законодавства України, законопроекти та аналітичні матеріали щодо них, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України з різних категорій кримінальних справ, рішення Конституційного Суду України. Дослідник щоразу висловлює аргументовані думки, посиляючись переважно на найновіші дослідження провідних учених у галузі кримінального права. Окремі положення роботи доречно ілюструються за допомогою матеріалів правозастосовної практики. Науковець у черговий раз продемонстрував неабияке вміння критично аналізувати положення використаних ним джерел.

Відзначаючи актуальність проведеного дослідження, достовірність та обґрунтованість переважної більшості сформульованих у монографії положень, висновків і пропозицій, їх наукову новизну, теоретичну і практичну значущість, водночас зауважимо, що книга нашого колеги як по-справжньому творча праця не позбавлена окремих вад і дискусійних положень.

Так, з метою уточнення законодавчого визначення поняття часу вчинення злочину П.Берзін пропонує ч. 3 ст. 4 КК після слів «дії або бездіяльності» доповнити словами «незалежно від часу настання наслідків» (с. 310, 723). Фактично йдеться про законодавче закріплення обстоюваної, зокрема, Ю. Пономаренком позиції, згідно з якою часом вчинення злочину слід вважати час, з якого є завершеним передбачене КК діяння особи, яке в подальшому має призвести до негативних змін в об'єктивному світі. За таких обставин не зовсім зрозуміло, чому П. Берзін більш обґрунтованим називає підхід (його послідовним прибічником виступає, зокрема, М. Хавронюк), відповідно до якого часом вчинення злочинів із матеріальним складом є час настання злочинних наслідків (с. 309).

Висвітлюючи режим дотримання особою відповідних кримінально-правових заборон, автор виокремлює такі різновиди поведінки особи, які, так би мовити, втілюють цей режим: 1) діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, передбаченого кримінальним законом; 2) малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК); 3)

діяння, яке є обставиною, що виключає злочинність діяння (ст. ст. 36–43 КК); 4) невинувате заподіяння шкоди (с. 183–184). Подібна класифікація незлочинної поведінки особи видається некоректною, оскільки і у випадку скоєння малозначного діяння, вчинку, який є обставиною, що виключає злочинність діяння, або казусу йдеться про відсутність у вчиненому ознак складу злочину і зумовлену цим потребу застосовувати п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК (як і при першому виділеному автором різновиді незлочинної поведінки).

Стосовно позначення П. Берзіним казусу (заподіяння шкоди за відсутності вини) як «невинуватого заподіяння шкоди» (с. 183, 725) нагадаємо, що в юридичній літературі (Р. Вереша) з'ясовано невинуватого заподіяння шкоди у вживанні терміну «вина» у чинному законодавстві України і доведено, що основним змістом кримінально-процесуального за своїм характером поняття «винуватість» є констатація факту – саме ця особа вчинила діяння, яке містить склад того чи іншого злочину. З огляду на сказане, казус (випадок) більш правильно визначати як невинне заподіяння шкоди.

П. Берзін відтворює сформульоване Конституційним Судом України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі, рішення від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000) положення про незмінність кримінального закону у випадку зміни тих положень нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК (с. 487). При цьому автор не бере до уваги ту обставину, що згадана позиція Конституційного Суду України та особливо її обґрунтування піддані серйозній критиці в юридичній літературі. Йдеться про існування обстоюваної, зокрема, О. Маріним, А. Пінаєвим, Ю. Пономаренком (таку ж позицію займають відомі російські криміналісти Б. Волженкін, В. Комісаров, Н. Кузнецова, Р. Шарапов) опосередкованої декриміналізації, за якої поліпшення правового становища того, хто порушив кримінальний закон, стає результатом змін не цього закону, а тих актів регулятивного законодавства, до яких відсилають бланкетні диспозиції кримінально-правових норм. Вважаємо, що автору рецензованої монографії слід було звернути увагу на цю неоднозначно вирішувану фахівцями проблему, позаяк від того чи іншого її розв'язання залежить кримінально-правова оцінка спричинення виражених у певній кількості НМДГ злочинних наслідків за умови постійного збільшення цього мінімуму.

Неоднозначність підходів щодо врахування чи неврахування в межах законодавчої дефініції поняття злочину суспільної небезпечності, яка мала місце на етапі опрацювання та ухвалення КК України 2001 р., П. Берзін пов'язує із «невизначеністю позиції окремих авторів, яка б і дозволила з'ясувати соціальну сутність, зміст, структуру та значення суспільної небезпечності в кримінальному праві» (с. 30). Таке пояснення видається дещо незавершеним, оскільки не супроводжується викладенням і, відповідно, аналізом аргументів прибічників і супротивників закріплення в кримінальному законі формального або формально-матеріального визначення поняття злочину.

На с. 399 П. Берзін, погоджуючись із П. Андрушком, зазначає, що умисне заподіяння смерті особі, яка вчинила злочин, при її затриманні, незалежно від тяжкості вчиненого злочину має кваліфікуватися за ст. 118 КК, яка передбачає відповідальність за умисне вбивство у тому числі у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця. Аргументується наведена точка зору наявністю законодавчого положення (ч. 1 ст. 38 КК України) про обов'язок доставляння органам влади затриманого злочинця. Видається, однак, що правомірне заподіяння смерті особі, яка вчинила злочин, все ж може узгоджуватись із наявністю мети доставляння затриманого відповідним органам влади. Особа, яка затримує злочинця, може мати намір здійснити таке затримання з відповідною метою і ставитися з непрямым умислом до спричинення смерті злочинця, адже єдиний процес регламентованого КК затримання, як правило, складається із серії певних дій. Варто враховувати і те, що на спричинення смерті злочинцю може вплинути вкрай несприятлива обстановка затримання, яка іноді не залишає особі іншої можливості, ніж діяти із заподіянням найтяжчої шкоди. До речі, підходу, згідно з яким передбачене кримінальним законом затримання особи, яка вчинила злочин, за певних умов може охоплювати заподіяння смерті такій особі, дотримуються Ю. Баулін і В. Орехов – знані на теренах СНД дослідники проблематики обставин, що виключають злочинність діяння.

У підсумкових міркуваннях П. Берзіна стосовно законодавчого вдосконалення механізму визначення кількісного змісту наслідків та інших елементів складів злочинів (с. 558–563), на жаль, чітко не прозвучало, яку саме грошову величину в сучасних умовах слід визнати адекватною (найбільш прийнятною) для потреб кваліфікації злочинів. Крім цього, дослідник пише, що зміст наслідків як елемента складу конкретного злочину може визначатись шляхом множення «базового елемента» на відповідний коефіцієнт (с. 559) або виражатись у певній сумі кількостей національної валюти (с. 561). Це закономірно породжує запитання (відповіді на нього нам у монографії відшукати не вдалося), якими мають бути вказані коефіцієнти та суми і від яких чинників повинна залежати їх величина. Таким чином, складається враження, що П. Берзін лише наблизився до надзвичайно складної проблеми властивої чинному КК України довільності кількісних показників, які характеризують у тому числі злочинні наслідки. Разом з тим не викликає сумнівів, що без вирішення зазначеної проблеми годі і вести мову про соціальну обумовленість кримінально-правових заборон.

Мабуть, через глибину занурення автора у проблематику злочинних наслідків як вкрай непростого кримінально-правового явища текст рецензованої роботи нерідко сприймається до певної міри важко – він

буквально перенасичений складними реченнями і заплутаними формулюваннями. Звісно, такий підхід може вважатися прийнятним для суто наукового (академічного) дослідження; утім, як це впливає з анотації до монографії, книга розрахована не лише на викладачів і науковців, а і на суддів, працівників прокуратури, органів внутрішніх справ та інших практикуючих юристів. Для цих категорій фахівців (жодним чином не применшуючи їх розумових здібностей) і, до речі, не лише для них бажаним був би більш доступний спосіб викладення матеріалу. Якби вказаної дохідливості вдалося досягнути, прикладна спрямованість рецензованої роботи могла б стати однією із серйозних її переваг. Не завадила б також додаткова рубрикація тексту, адже інколи П. Берзін настільки захоплюється викладенням матеріалу, що «забуває» робити логічні відступи у вигляді абзаців.

Будь-яке кримінально-правове дослідження є завершеним, якщо воно базується на значному емпіричному матеріалі. У цьому плані проблематика злочинних наслідків, якій присвячено обговорювану монографію, є «живою», практично зорієнтованою темою. Тому можна було б порекомендувати автору при висвітленні теоретичних питань Загальної частини кримінального права підібрати більше прикладів із практики правозастосування (як це було правильно зроблено при висвітленні окремих проблем Особливої частини кримінального права), піддаючи їх змістовному науковому аналізу.

Висловлені нами зауваження та побажання у жодному разі не впливають на якісний зміст і високий науковий рівень рецензованої монографії, на глибину і переконливість висловлених у ній думок, суджень, ідей. Дослідження П. Берзіна не лише своєчасно заповнює вакуум у серйозній юридичній літературі з питань злочинних наслідків, а і спроможне започаткувати жваву дискусію стосовно гострих й актуальних проблем сучасної доктрини кримінального права.

СУЧАСНИЙ СТАН КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВЧЕННЯ ПРО ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК: КРИТИЧНИЙ АНАЛІЗ¹

Проблематика причинного зв'язку традиційно і небезпідставно вважається однією з найскладніших у кримінальному праві. Незважаючи на численність теорій причинного зв'язку (нерідко взаємовиключних) і велику кількість наукових публікацій, чіткого, зрозумілого і більш-менш усталеного вирішення проблеми причинності у кримінальному праві досягнути поки що не вдалося. Оригінальне висловлювання А.А. Піонтовського про те, що з приводу причинного зв'язку у правовій науці існує цілий «парламент думок», зберігає свою актуальність для сучасної кримінально-правової доктрини і не лише України. Чимало сьогоднішніх авторів або взагалі намагаються уникнути глибокого дослідження цієї надзвичайно важливої проблеми, або роблять це формально, без належного наукового занурення. Між тим, причинний зв'язок між діями і суспільно небезпечними наслідками як обов'язкова ознака об'єктивної сторони злочинів із матеріальним складом відіграє істотну роль в процесі кримінально-правової кваліфікації.

Суперечливість, неоднозначність і запутаність поглядів теоретиків призводить до того, що правозастосовна практика, будучи певною мірою дезорієнтованою, рухається своїм шляхом і на відповідні наукові напрацювання не дуже й зважає. І це при тому, що проблема причинного зв'язку в сфері правозастосування стоїть дуже гостро, оскільки безпосередньо впливає на вирішення ключового питання кваліфікації – встановлення наявності або відсутності складу злочину. Як приклад можна навести ситуацію із кримінально-правовою оцінкою окремих порушень правил утримання тварин (див.: Дудоров О., Письменський Є., Данилевський А. Порушення правил утримання тварин: кримінально-правовий аспект проблеми // Юридичний вісник України. – 15–21 травня 2010 р. – № 20). Хоч визначення причинного зв'язку між злочинним діянням і наслідками, які настали, є наразі компетенцією слідчого, прокурора і суду, на практиці нерідко трапляються випадки, коли перед експертами ставиться кримінально-правове за своїм характером питання про наявність причинного зв'язку, а висновки експертів некритично відтворюються в обвинувальних висновках і вироках.

Видання за таких обставин розгорнутого і глибокого аналітичного огляду наукових праць (передусім монографічного рівня), присвячених проблематиці причинного зв'язку у кримінальному праві, які протягом останнього десятиліття вийшли друком в Україні та Росії (див.: Музыка А.А., Багіров С.Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. – Хмельницкий: Изд-во Хмельницкого университета управления и права, 2009. – 112 с.) є вельми своєчасною і корисною подією.

Основний зміст праці А.А. Музики і С.Р. Багірова становить собою виважений, кваліфікований і поєднаний із доречним залученням матеріалів правозастосовної практики аналіз відповідних першоджерел із наголосом при цьому на найбільш складних і дискусійних аспектах досліджуваної теми. У нарисі розглядається низка цікавих і злободенних питань: *pro et contra* наукової позиції В.Б. Малініна та його прибічників – відомої теорії необхідної умови; співвідношення правила необхідної умови з відповідною теорією; місце причинного зв'язку в структурі елементів об'єктивної сторони складу злочину; розмежування причин та умов певного явища; юридичне значення різнотипних детермінаційних зв'язків; дискусійні аспекти теорії безпосереднього причинного зв'язку; каузальні властивості бездіяльності тощо. Рецензовану роботу характеризує органічне поєднання комплексного аналізу висловлених у кримінально-правовій теорії думок щодо різних аспектів причинного зв'язку з авторськими коментарями до них і влучними «примітками на полях». Нарис відрізняється від відомих нам робіт сучасних авторів із розглядуваної тематики оригінальністю своєї структури, яка, не дивлячись на її нестандартність, виглядає ретельно продуманою.

Зазначеному вище аналізу доречно передувє стислий ретроспективний огляд тих робіт про причинний зв'язок, які уособлюють дореволюційний і радянський періоди розвитку вітчизняної кримінально-правової науки. Як зауважують самі автори (с. 6), така робота на теренах СНД не проводилась понад тридцять років. Цілком обґрунтованим є сформульований науковцями висновок про поступовий перехід від досліджень загального кримінально-правового вчення про причинний зв'язок до спроб розроблення спеціальних теорій щодо властивостей причинності при вчиненні злочинів певних категорій (с. 16–17). Не можна не погодитися і з загальним «історичним» висновком А.А. Музики і С.Р. Багірова про відсутність дотепер універсальної теорії причинності (с. 98).

Завершує рецензований нарис (крім авторських висновків і потужної бібліографії) викладення можливих перспектив подальших досліджень причинного зв'язку, після ознайомлення з яким залишається тільки пожалкувати, що в затвердженому постановою президії ВАК України від 21 травня 2008 р. № 38-06/6 «Паспорті спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» серед напрямів кримінально-правових досліджень проблему причинного зв'язку безпосередньо не виокремлено. Як справедливо констатують автори, вчення про причинний зв'язок має бути збагачене за рахунок досліджень:

¹ Рецензія написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2011. – № 2. – С. 527–534.

причинного зв'язку та інших детермінаційних зв'язків, їх особливостей та застосування в кримінальному праві; співвідношення причинного зв'язку та вини; причинного зв'язку у злочинах, що вчиняються з необережності; суспільно небезпечного діяння, суспільно небезпечних наслідків і причинного зв'язку між ними – як комплексної проблеми; особливостей причинного зв'язку у так званих нетрадиційних ситуаціях, які виходять за межі встановлення ознак об'єктивної сторони складу злочину; здобутків зарубіжної (і передусім німецької) кримінально-правової доктрини (с. 90–97).

Наведений перелік напрямів майбутніх досліджень, вочевидь, не може розцінюватись як вичерпний. Наприклад, на думку Є.В. Фесенка, настав час для зростання ролі експертних досліджень у встановленні причинного зв'язку та, як наслідок, для перегляду звичного для нашої юриспруденції постулату про те, що висновок стосовно причинного зв'язку має робити насамперед юрист (див.: Фесенко Є.В. Особливості наслідків та причинного зв'язку у злочинах з матеріальним складом // Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaaui/index.html>).

Назвавши свою працю кримінально-правовим нарисом і зосередивши зусилля на неупередженому висвітленні здобутків новітньої кримінально-правової доктрини України та Росії (частково також ФРН і США), пов'язаних із вивченням феномену причинності, А.А. Музика і С.Р. Багіров успішно залучають у сферу своїх міркувань результати досліджень вітчизняної цивілістики, а так само неюридичних наук, у тому числі філософії, логіки і навіть фізики.

Цінним у теоретичному плані і, поза всяким сумнівом, новаторським є підхід авторів нарису до розуміння «умови, без якої немає результату» (*conditio sine qua non*) саме як правила необхідної умови (інакше кажучи, логіко-філософської аксіоми), а не як окремої теорії причинного зв'язку (с. 34–36). Погоджуємося з тим, що стосовно *conditio sine qua non* йдеться, скоріш за все, про загальне початкове правило процедури визначення причини, яке покладено в основу будь-якої теорії причинного зв'язку. Справді, теорія еквівалентності, піддана загалом справедливій критиці за надмірне розширення меж кримінальної відповідальності (або, як писав свого часу А.Н. Трайнін, за суцільну «зрівнялівку» умов), має і раціональне зерно – правило уявного виключення. Фактично це правило (згідно з ним треба встановлювати, чи було досліджуване діяння тією умовою, без якої наслідки не настали б) використовується прибічниками різних підходів вирішення проблеми причинного зв'язку у кримінальному праві.

Виваженою є позиція А.А. Музики і С.Р. Багірова, які визнають поняття причинного зв'язку в кримінальному праві не асоційованим, а консолідованим (с. 78–82), тобто таким, що, ґрунтуючись на філософському розумінні причинності, водночас має галузеві особливості і наповнюється специфічним кримінально-правовим змістом. Вважаємо, однак, що рецензована робота лише виграла, якби у ній були піддані критичному аналізу погляди і тих дослідників, які схиляються до думки про органічний (якщо сприйняти класифікацію А.Ю. Кошелевої – С. 81 нарису) характер поняття причинного зв'язку в кримінальному праві. Наприклад, О.Л. Тимчук наголошує на тому, що за умов методологічного плюралізму кримінально-правова наука може і повинна використовувати власне (специфічне) розуміння причинного зв'язку, яке враховує потреби правозастосування (див.: Тимчук О.Л. Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складу злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – С. 4–5, 6–7, 11). Близьким до цього є висловлювання А.Е. Жалінського, який закликає з'ясовувати специфіку кримінально-правової причинності як феномену, що ґрунтується на положеннях кримінального закону, а не займатись обґрунтуванням кримінальної відповідальності особи за допомогою філософських або псевдофілософських суджень (див.: Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2009. – С. 363–394). Як бачимо, питання про методологічні засади кримінально-правового вчення про причинний зв'язок також належить до числа дискусійних, а тому заслуговує на визнання перспективним напрямом подальших наукових досліджень.

Проаналізувавши визначення причинного зв'язку, закріплені в кримінальних кодексах деяких зарубіжних держав, А.А. Музика і С.Р. Багіров слушно зауважують, що ці легальні визначення практичної користі не мають (с. 66–67). Тут доречно нагадати, що в одному з проектів КК України містилась ст. 14 «Причинний зв'язок», в якій зазначалось, що умисне каране діяння або каране діяння, вчинене з необережності, тягне за собою кримінальну відповідальність лише у разі наявності причинного зв'язку між діянням та шкідливими наслідками, що настали (див.: Кримінальний кодекс України. Проект (внесений на розгляд Верховної Ради України Комісією з питань правопорядку та боротьби із злочинністю) // Іменем Закону. – 28 жовтня 1994 р. – № 43). Наведене формулювання не враховувало існування злочинів із формальним складом, носило декларативний характер і не спроможне було (як і визначення причинного зв'язку, відомі кримінальному законодавству окремих зарубіжних країн) допомогти правозастосувачу у встановленні цієї ознаки об'єктивної сторони складу злочину.

Нам імпонує послідовність, з якою автори нарису обстоюють положення про необхідність чіткого розмежування об'єктивних (включаючи причинний зв'язок) і суб'єктивних ознак складу злочину і про методологічну вразливість спроб вирішити проблему причинного зв'язку на підставі суб'єктивних критеріїв (с. 30–31, 34, 37–39, 71–73, 99–100). Існуючи об'єктивно, поза нашою свідомістю, причинний зв'язок може бути пізнаний

людиною, однак не повинен ототожнюватись із судженням про нього навіть дуже проникливого спостерігача. Ми, як і автори нарису, не вбачаємо підстав для відмови від традиційної послідовності, згідно з якою спочатку потрібно встановлювати причинний зв'язок, що носить об'єктивний характер, а далі – можливість його передбачення суб'єктом злочину. Тобто питання про причинний зв'язок вирішується незалежно (окремо) від встановлення вини. М.С. Таганцев з цього приводу влучно зазначав, що для призначення покарання не вистачає ні однієї винності, ні однієї причинності; необхідна винна причинність (див.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 1. – М., 1994. – С. 284).

Однією з найбільш проблемних щодо встановлення причинного зв'язку є ситуація спільного заподіяння наслідку необережною поведінкою кількох осіб, коли необхідно враховувати ступінь участі кожного із суб'єктів у заподіянні єдиного злочинного результату. У зв'язку з цим вельми конструктивною є пропозиція А.А. Музики і С.Р. Багірова запровадити у науковий обіг поняття інтегративної причини (с. 56–58), за якої порушення правил з боку одного суб'єкта є необхідною, але недостатньою умовою для настання суспільно небезпечного наслідку, і лише поєднання порушень з боку кількох осіб створює достатні умови для заподіяння шкоди.

Заслуговує на увагу добре обґрунтована авторами пропозиція розширити зміст причинного зв'язку у правознавстві, поклавши край безплідній термінологічній суперечці та охопивши поняттям причинного зв'язку інші види детермінаційної залежності, які використовуються законодавцем при формулюванні деяких складів злочинів (с. 49–51). У зв'язку зі сказаним слід схвально оцінити розділ роботи, присвячений диференціації кримінальної відповідальності за необережні злочини з урахуванням різновидів детермінаційних зв'язків (с. 52–67). Разом з тим при бажанні можна помітити певну непослідовність у міркуваннях дослідників, які, з одного боку, висловлюються за розширення кримінально-правового поняття причинного зв'язку, а, з іншого, вказують на доцільність законодавчої диференціації кримінальної відповідальності за злочини залежно від особливостей різнотипних детермінаційних зв'язків.

Висвітливши у стислій формі гостро дискусійне у доктрині питання про можливість причинного зв'язку між бездіяльністю і суспільно небезпечними наслідками (с. 83–84), автори нарису навряд чи виправдано залишили поза своєю увагою щонайменше три монографічні роботи (див.: Бойко А.И. Преступное бездействие. – СПб., 2003. – С. 130–170; Козлов А.П. Понятие преступления. – СПб., 2004. – С. 355–377; Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: монография. – Х., 2003. – С. 292–351), у яких проблема спричиняючих властивостей (каузальних потенцій) бездіяльності розглядалась на високому теоретичному рівні.

Як і А.А. Музика та С.Р. Багіров (с. 47, 61–62), вважаємо, що треба розрізняти такі детермінуючі фактори, як причина та умови. Останні, на відміну від причини, хоч і відіграють певну роль у розвитку причинного зв'язку (можуть його пришвидшувати або, навпаки, гальмувати), самі по собі не спроможні у конкретній обстановці породжувати ті чи інші наслідки.

Книга справляє приємне враження не лише завдяки її якісному змісту та інформативній насиченості: в авторів нарису молоді науковці (та і не лише вони) можуть повчитись культурі ведення полеміки, толерантному і шанобливому ставленню до опонентів, ретельному опрацюванню першоджерел і науковій принциповості. Так, обґрунтованими видаються закиди А.А. Музики і С.Р. Багірова, адресовані В.Б. Малініну, який, будучи прибічником теорії *conditio sine qua non* і послідовно відтворюючи її у своїх публікаціях, не вважає за потрібне реагувати на серйозну критику (у тому числі методологічного характеру), уточнювати або принаймні додатково аргументувати власні підходи щодо розв'язання проблеми причинного зв'язку в кримінальному праві (с. 26–29).

Із приводу критики В.Б. Малініна та О.Ф. Парфьонова на адресу Н.М. Ярмиш як прибічниця методу лінгвістичної інтуїції у кримінальному праві, автори нарису справедливо зауважують, що в монографічних роботах перевага має надаватись не сильним емоційним висловлюванням, а науковим аргументам (с. 45). Від себе додамо, що прагнення Н.М. Ярмиш і в кримінальному праві орієнтуватись на житейські, загальноживані уявлення про причини та наслідки навряд чи можуть претендувати на оригінальність. Ще М.С. Таганцев стверджував, що кримінальне право має справу не з філософським (абстрактним), а практичним розумінням причинності, яке ґрунтується на житейських уявленнях. У зв'язку з цим нищівної критики з боку В.Б. Малініна та О.Ф. Парфьонова мала б зазнавати насамперед позиція М.С. Таганцева, а не Н.М. Ярмиш.

Відзначаючи цінність і слушність переважної більшості положень, сформульованих у висновках до нарису (с. 98–100), водночас хотілося б звернути увагу на останнє з них. Йдеться про запровадження при підготовці юристів спеціального курсу з умовною назвою «Проблеми встановлення причинного зв'язку в процесі кримінально-правової кваліфікації», у межах якого, на думку А.А. Музики і С.Р. Багірова, варто було б викладати, крім всього іншого, основні методологічні прийоми встановлення причинного зв'язку щодо найбільш проблемних практичних ситуацій. Вважаємо, що, незважаючи на всю привабливість цієї пропозиції, а також на складність проблеми причинного зв'язку в кримінальному праві, запровадження окремого спецкурсу є недоцільним. Більш раціональним видається інший підхід: у межах спеціального курсу «Кваліфікація злочинів», усталеного

у багатьох вищих навчальних закладах юридичного профілю, доцільно істотно розширити вивчення теми, пов'язаної з кримінально-правовою кваліфікацією діяння за ознакою причинного зв'язку.

Насамкінець хотілось б щиро подякувати шановним авторам за написання наукової роботи, яка не лише якісно узагальнює накопичений досвід попередніх досліджень причинного зв'язку, а і по-новому висвітлює традиційні аспекти цієї багатогранної кримінально-правової проблеми. У рецензії білоруських колег на проаналізований вище нарис (див.: Саркісова Э., Лукашов А. Причинная связь в уголовном праве: осмысление проблемы продолжается (об очерке украинских коллег А.А. Музыки и С.Р. Багирова) // Юстыцыя Беларусі. – 2010. – № 8. – С. 48–49) головним питанням, яке залишилось висвітленим українськими вченими не до кінця, названо питання, яка ж теорія причинного зв'язку повинна врешті-решт утвердитися і застосовуватися на практиці. Однак обраний формат розглянутого дослідження і не міг передбачати отримання повноцінної відповіді на вказане питання. І найголовніше: автори рецензованої праці повністю досягли поставленої перед собою мети – на підставі вивчення передусім дисертаційних робіт обґрунтувати висновок про сучасний стан наукових розробок проблеми причинного зв'язку в кримінальному праві і визначити перспективні напрями відповідних наукових досліджень. Залишається лише висловити сподівання на те, що проблематика причинного зв'язку в правознавстві взагалі і кримінальному праві зокрема і надалі буде предметом спільних творчих проєктів А.А. Музики і С.Р. Багірова.

ФУНДАМЕНТАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ КИЇВСЬКОЇ ШКОЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА¹

Не викликає сумніву та обставина, що чимало засадничих положень сучасної вітчизняної кримінально-правової науки є результатом плідної праці багатьох поколінь вчених дореволюційного і радянського періодів. Виконання повноцінного кримінально-правового дослідження в наш час неможливе без звернення до наукової думки, сформульованої в минулому. Інша річ, що ця думка може або підтримуватися, доповнюватися і розвиватися, або, навпаки, відкидатися, заперечуватися, критикуватися, що у будь-якому разі дозволяє вести мову про наступність науки кримінального права.

Чому ж так важливо звертатись до ідей минулого? Адже життя суспільства постійно змінюється, з'являються нові задачі, виникають нові проблеми, які потребують вироблення сучасних підходів щодо їх вирішення. І кримінально-правова наука не може залишатися осторонь цих процесів. Вивчення ідей попередників відіграє важливу роль у формуванні наукового підґрунтя для вирішення правових проблем сьогодення, зокрема, у науково-дослідній, законотворчій і правозастосовній діяльності, в обранні теоретично і практично значущих напрямів наукових розвідок. Минуле – досвід, без осмислення якого людство блукатиме у сутінках власних помилок та необачності, переживатиме кризи і врешті-решт занепад. Разом з тим сліпе, некритичне запозичення накопиченого правового досвіду без урахування історичних передумов та обставин, за яких він формувався, позбавлене сенсу. Виривання окремих теорій, поглядів, позицій тощо з певного історичного контексту при здійсненні сучасних правових досліджень не сприяє науковості останніх, здатне призвести до хибних результатів.

З огляду на сказане, дослідникам у сфері права завжди будуть у нагоді якісні історико-правові дослідження, і кримінальне право в цьому сенсі – не виняток. Викладене засвідчує своєчасність появи рецензованої праці (див.: Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834–1960 роки): історико-правове дослідження: монографія. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: «ВД «Дакор», 2013. – 1144 с.), видання якої не могло залишитись поза увагою фахівців із кримінального права, історії держави та права, всіх тих, хто цікавиться історією розвитку української науки.

Автор книги – доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка Павло Сергійович Берзін – добре відомий серед наукової спільноти своїми численними, цікавими і змістовними публікаціями, присвяченими висвітленню життєвого шляху і творчих здобутків представників вітчизняної кримінально-правової доктрини. Підготувавши за результатами п'ятирічної праці друге видання своєї монографії, яке утричі (!) перевищує обсяг її першого видання, П.С. Берзін не лише у черговий раз продемонстрував такі якості справжнього вченого, як велика працездатність, наполегливість і літературний хист, а і свідомо уникнув кон'юнктури, нерідко притаманної сьогоднішнім науковим дослідженням у галузі юриспруденції, та зміг сказати вагоме слово про життєві перипетії і творчий доробок тих, хто пішов у Вічність. Будемо називати речі своїми іменами: хоч автор позначає свою роботу як друге, доповнене і перероблене видання монографії, яка побачила світ у 2008 р. (див.: Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834–1960 рр.): історико-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2008. – 436 с.), є всі підстави говорити про написання ним повністю нової книги. Визнає це і сам Павло Сергійович, коли пише, що «не певному етапі своїх пошукових робіт я став чітко розуміти, що перше видання книги мною фактично переписане заново» (с. 27).

Після ознайомлення з цією фундаментальною працею читача неодмінно охоплює почуття здивування від того, який великий пласт невідомого приховується за тими положеннями і постулатами, які вважаються звичними, усталеними для тих, хто наразі вивчає, викладає чи застосовує кримінальне право. У своїй книзі автор ніби виводить із темряви відомих і не зовсім відомих носіїв кримінально-правової думки, становлення і розвиток якої так чи інакше були пов'язані зі стінами Київського університету з моменту його заснування (Імператорського університету Святого Володимира і Київського державного університету ім. Т.Г. Шевченка), надаючи їм нове життя у пам'яті нащадків.

Будучи людиною самокритичною, П.С. Берзін зауважує, що за формальними ознаками його книга могла б бути названа і хрестоматією (с. 15). Справді, значне місце в історико-правовому дослідженні Павла Сергійовича займає виклад вдало підібраних фрагментів найважливіших публікацій представників Київської школи кримінального права близько до тексту відповідних першоджерел і в органічному поєднанні з біографічними відомостями про конкретного дослідника і спогадами сучасників подій того чи іншого періоду. Книга буквально насичена посиланнями на важкодоступні першоджерела, які не можуть не викликати особливого інтересу у сучасних дослідників із кримінального права. Тим більше, що ці публікації нерідко належать перу високоосвічених людей, які знали кілька іноземних мов, проходили тривалі стажування в провідних зарубіжних університетах, впевнено орієнтувались у законодавстві і наукових течіях інших країн.

¹ Рецензія написана в співавторстві з Ю.Г. Старовойтовою та опублікована: Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2013. – № 4 (98). – С. 19–21.

При цьому автор рецензованої праці свідомо уникає надмірного аналізу відповідних першоджерел, цілком справедливо зазначаючи, що оцінка кримінально-правового доробку кожного з науковців, згаданих у книзі, може стати об'єктом самостійного наукового дослідження (с. 22). П.С. Берзін викладає унікальний матеріал, подає факти та описує хронологію подій так, щоб кожен читач зміг скласти власне уявлення про те, що називається Київською школою кримінального права.

Для зручності сприйняття інформації автор вдається, зокрема, до прийому систематизації. Так, висвітлюючи основні напрями кримінально-правових досліджень представників зазначеної школи, П.С. Берзін розподілив ці дослідження за трьома напрямками залежно від особливостей пізнання правових явищ з точки зору констатації, класифікації і систематизації юридичних норм, правових інститутів, правопорядків – історичним (історико-порівняльним або історико-догматичним), класичним і соціологічним (с. 63–64).

Чільне місце у монографії відводиться людям – науковцям, викладачам Київського університету, деяких інших навчальних закладів та науково-дослідних установ, які зробили свій внесок у формування та розвиток Київської школи кримінального права. Характеризуючи в другому (так би мовити, основному) розділі книги окремі персоналії, П.С. Берзін не лише описує їх трудовий шлях та наукові досягнення, а і звертає значну увагу на їх біографії, особисті якості, світогляд, переконання. Наприклад, у підрозділі, присвяченому О.Ф. Кістяківському – людині, як пише автор, від чийого імені почався новий відлік часу у розвитку юридичних наук, наводяться спогади про нього одного з його послідовників Л.С. Білогриць-Котляревського, після ознайомлення з якими стає відомо, що О.Ф. Кістяківський мав не лише видатні наукові заслуги, а і відзначився у публіцистичній та громадській діяльності, був безкорисливою, гуманною, чесною та цільною складу переконань людиною (с. 287). Інший представник школи Ю.П. Новицький, доля якого склалася трагічно, крім зайняття науково-педагогічною роботою, обіймав посаду судового слідчого однієї з дільниць Київської судової палати, а згодом виявив бажання служити Православній Церкві, що на початку 20-х років XX століття прирівнювалось до скоєння злочину (с. 661, 667–668).

Багато цікавого можна відшукати і в біографіях інших представників школи, дбайливо наведених П.С. Берзіним на сторінках своєї книги. Складаючи воедино образ кожної персоналії, автор провів кропітку, без перебільшення, велетенську роботу, намагаючись не пропустити навіть дрібниці, виходячи з того, що саме з дрібниць складається цілісне уявлення про особистість. Прагнучи нікого не забути та зберегти для нащадків ту інформацію, яку ще можна відновити, Павло Сергійович згадує і тих діячів школи, про яких відомо лише їх прізвище і статус у Київському університеті (професорський стипендіат юридичного факультету Смирнов, кандидат на допущення до викладацької діяльності Зайцев (с. 101, 102–103) тощо).

Гортаючи сторінки книги П.С. Берзіна, неодноразово ловили себе на думці про те, що в наших попередників можна повчитись, крім всього іншого, науковій принциповості і мистецтву ведення аргументованої полеміки. У цьому контексті взірцем для сучасних дослідників можуть слугувати, наприклад, критична оцінка, яку О.Ф. Кістяківський дав головній праці С.О. Богородського «Нарис історії кримінальних законодавств в Європі з початку XVIII століття» (с. 236–245), а також твору В.В. Сокольського «Про порушення монетних статутів», поданому на здобуття наукового ступеня доктора кримінального права (с. 352–354).

Другий та третій розділи монографії присвячені внеску школи в діяльність київських науково-дослідних установ та громадських об'єднань. І тут так само в центрі уваги автора, для якого «юридична сторона» є доречною, – люди зі своїми ідеями, переконаннями, долею.

Пізнавальне значення рецензованої праці полягає і в тому, що вона дає читачеві уявлення про вищу освіту у досліджуваній період. Так, у першій главі другого розділу на основі чотирьох загальних статутів імператорських російських університетів (1804 р., 1835 р., 1863 р., 1884 р.) автор відстежує зміни, які стосувались статусу цих навчальних закладів, градації вчених ступенів, вимог до кандидатів на отримання того чи іншого вченого ступеня.

Трепетне ставлення до історії навчального закладу, в якому нині працює автор монографії, та велика повага до своїх попередників простежується на кожній сторінці рецензованої книги. Так, дослідник не лише називає кафедри Київського університету, на яких здійснювалося викладання кримінального права, а і наводить їх персональний склад із зазначенням посади, вченого звання та періоду, протягом якого людина обіймала певну посаду (с. 79–82, 106–107). Працюючи з першоджерелами, автор знайшов навіть інформацію про розклад лекцій і практичних занять з історії кримінального та цивільного права професора М.Ф. Владимирського-Буданова в осінньому семестрі 1888–1889 та 1890–1891 навчальних років (с. 92).

Для зручності наприкінці книги читачеві пропонуються додатки, в яких узагальнено довідкову інформацію про: практику нагородження російськими орденами представників Київської школи кримінального права періоду 1834–1917 років; сумну практику застосування заходів кримінально-правового впливу до представників цієї школи періоду 1917–1960 років; вчених-криміналістів, обраних почесними членами і докторами Київського університету до 1919 року; біографічні дані представників інших шкіл кримінального права чи інших наук, які були сучасниками подій, описаних у книзі.

Щодо побажань на майбутнє, то хотіли б зазначити, що належність праці П.С. Берзіна до монографічної літератури і визначення об'єкта дослідження як «виявлення закономірностей формування та становлення Київської школи кримінального права періоду 1834–1960 років» (с. 17) вимагали від автора не лише систематизованого викладення основних наукових доробків представників цієї школи, а і більш докладного висвітлення елементів наступності у кримінально-правових дослідженнях відповідних вчених. Адже саме цю наступність П.С. Берзін обґрунтовано визнає однією з підстав виокремлення Київської школи кримінального права як такої.

Книга П.С. Берзіна, будучи фундаментальним і комплексним науковим дослідженням, водночас відкриває неосяжні горизонти для подальших наукових пошуків. Насамкінець традиційно побажаємо Павлу Сергійовичу продовжити (не на шкоду дослідженням, плідно здійснюваним ним в інших напрямках) проведення історичних екскурсів у галузі вітчизняного кримінального права. Адже на юридичному факультеті Тарасового університету і після 1960 р. працювали і працюють вчені, чий імена є знаковими для української кримінально-правової науки і постаті та творчі здобутки яких цілком заслуговують на увагу і прискіпливе вивчення.

НОВІ НАУКОВІ ЗДОБУТКИ У РОЗВ'ЯЗАННІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ПРОБЛЕМ ЗАПОДІЯННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ¹

В юридичній літературі проблематика змісту, структури та видів майнової шкоди як суспільно небезпечного наслідку злочину традиційно відноситься до числа активно обговорюваних. Інтерес вітчизняних науковців до теоретичних, законодавчих та правозастосовних питань заподіяння майнової шкоди в сучасному кримінальному праві України цілком зрозумілий, адже згідно зі статистичними даними злочини, які пов'язані зі спричиненням майнової шкоди, превалюють на сьогодні над усіма іншими. Кожен дослідник, розглядаючи кримінально-правові проблеми того чи іншого майнового злочину, торкається у вузькому ракурсі певних аспектів майнової шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу конкретного злочину. Між тим, українська правова думка потребувала комплексного теоретико-прикладного дослідження загальних, універсальних і наскрізних проблем, які стосуються складів злочинів, обов'язковою ознакою яких є майнова шкода.

Можна з впевненістю констатувати, що таке дослідження успішно виконала доцент кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук, доцент Л.М. Демидова, яка зовсім нещодавно опублікувала солідну монографію (див.: Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика : монографія. – Х.: Право, 2013. – 752 с.). У ній на високому фаховому рівні глибоко і всебічно розглянуто проблеми майнової шкоди як злочинного наслідку, запропоновано новий, переосмислений погляд на феномен майнової шкоди в кримінальному праві, а також перспективи розвитку національного законодавства про кримінальну відповідальність за злочинні діяння, що її заподіюють.

Як свідчить передмова до монографії, Л.М. Демидова почала вивчення відповідної проблематики майже десять років тому, поступово набираючи обертів у напрямі обраного шляху творчого пошуку. Наразі в Україні такий серйозний підхід до комплексного розроблення тієї чи іншої наукової проблеми, на жаль, вже стає рідкістю; окремі автори вдаються до написання аналогічних за метою і колом завдань робіт всього за кілька років з отриманням формально такого ж результату у підсумку.

Достовірність та обґрунтованість наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у рецензованій монографії, забезпечується вдалою і продуманою логікою викладення матеріалу, широтою і різноманітністю опрацьованої джерельної бази, застосуванням різноманітних методів наукового пізнання, веденням коректної полеміки. Авторка використовує значну кількість матеріалів слідчої і судової практики, за допомогою яких вдало проілюстровано проблемні питання кримінально-правової оцінки діянь, пов'язаних із спричиненням майнової шкоди. Книга написана літературною українською мовою, читається легко і з цікавістю. Використані при її підготовці літературні джерела відзначаються новизною.

Структура монографії, яку складають п'ять логічно пов'язаних між собою розділів, яскраво демонструє успішно втілений дослідницький задум: крізь призму аналізу найважливіших проблем злочинних наслідків у вигляді майнової шкоди сформулювати про них цілісне та повне уявлення. Починаючи з обґрунтування основної ідеї дослідження (розділ 1) і установивши суть майнової шкоди та кримінально-правової відповідальності за її заподіяння в Україні (розділ 2), Л.М. Демидова надалі доречно акцентує увагу на законодавчих проблемах кримінальної відповідальності за заподіяння майнової шкоди (розділ 3), встановленні та врахуванні майнової шкоди під час кримінально-правової кваліфікації (розділ 4) та вдосконаленні законодавства в частині кримінальної відповідальності за заподіяння майнової шкоди (розділ 5).

У монографії міститься чимало співзвучних нам положень, які ми готові підтримувати, розвивати, додатково аргументувати тощо. Зокрема, це думка про те, що обсяг криміналізації та декриміналізації діянь, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями, залежить від змін у змісті відмінних від КК нормативно-правових актів, до яких відсилають зазначені диспозиції, і про доречність ухвалення нового рішення Конституційного Суду України, в якому вирішувалось 6 питань про зворотну дію кримінального закону у такій ситуації (с. 159, 166, 170–171). Переконані в тому, що покликані регламентувати не кримінально-правові наслідки вчинених злочинів, а правомірну поведінку особи у певних сферах життєдіяльності нормативні акти, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК України, незважаючи на їх вагомий вплив на окреслення меж злочинного, не можуть визнаватись власне законом про кримінальну відповідальність, як про це слушно пише Л.М. Демидова та як цього вимагає ч. 1 ст. 5 КК України. Однак ця обставина навряд чи може вплинути на остаточний висновок про необхідність надання закону в розглядуваній ситуації зворотної сили. Річ у тім, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами

¹ Рецензія написана в співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 4 (65). – С. 340–344.

прямої дії, сформульована таким чином, що вона дозволяє охопити випадки опосередкованої декриміналізації. Адже нею передбачено зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також).

Поділяємо позицію дослідниці, відповідно до якої майнова шкода є ідеальним і складним предметом пізнання, оскільки становить багатоаспектне системне матеріальне явище, яка має кількісно-якісну вираженість і сприймається, як правило, шляхом фіксування, виміру та оцінки в грошовому еквіваленті.

Вважаємо, що є добре продуманими, а тому заслуговують на підтримку міркування авторки монографії про: співвідношення понять «матеріальна шкода» і «майнова шкода», залежність останньої від цивілістичного поняття «збитки» і доцільність пояснення структури майнової шкоди у примітках статей КК (с. 43–44, 201, 350–351, 501, 547); притаманну чинному КК України непродуманість критеріїв формалізації позначення майнової шкоди (с. 46); розуміння якості законодавства України про кримінальну відповідальність (с. 66); криміналізацію та пеналізацію як невід'ємні одна від одної форми законотворчості (с. 164); існування безтілесних речей на кшталт електроенергії (с. 223); здатність природних ресурсів виступати предметом злочинів як проти довкілля, так і проти власності (с. 270, 472); спричиняючі властивості злочинної бездіяльності (с. 280–281); делікти створенні небезпеки як різновид суспільно небезпечних наслідків (с. 352); доцільність перенесення норми про відповідальність за придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, у розділ КК «Злочини проти правосуддя» (с. 382 – 383); необхідність удосконалення експертних методик встановлення майнової шкоди, заподіяної злочинами (с. 565).

Як будь-яка по-справжньому творча праця рецензована монографія не позбавлена деяких дискусійних положень, які однак не впливають на високий науковий рівень проведеного дослідження.

Так, розмірковуючи над проблемою мінімального розміру викрадень як критерію розмежування злочинних та адміністративно караних посягань на чужу власність, Л.М. Демидова зазначає, що за умов притаманного сучасному українському суспільству майнового розшарування «необхідна індивідуалізація у визначенні «порогу» криміналізації розкрадань на підставі врахування соціального критерію, який відображає соціальне або/і економічне становище потерпілого» (с. 478). Постають, однак, питання, як ця цікава думка узгоджується з іншим висловлюванням авторки – про те, що належність питання до компетенції слідчого, прокурора та суду «може призвести до необґрунтованого суб'єктивізму й помилок, неточностей при правозастосуванні» (с. 499) і чому ідея вироблення такого собі індивідуального критерію злочинності скоєного не знаходить відображення у пропозиціях, спрямованих на удосконалення ст. 185 КК України (с. 478, 598).

Складно погодитись із твердженням науковця про те, що розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, обраний наразі еквівалентом для нмдг, що використовується для кваліфікації злочинів та адміністративних проступків, «не має соціально-економічного обґрунтування» (с. 477). Таке обґрунтування, як відомо, має місце. Інша річ, що відповідні розрахунки пересічного українця часто не влаштовують. Щоправда, такі ж претензії можна висунути державі і у зв'язку із встановленим нею розміром мінімальної заробітної плати, рівень якої, на переконання Л.М. Демидової, варто використовувати для потреб кваліфікації злочинів і визначення величини штрафу як виду покарання. До того ж, запропонувавши, щоб у ст. 53 і ст. 185 КК України були включені положення про визначення нмдг у розмірі 50 % від мінімальної зарплати, встановленої законом на 1 січня відповідного року (с. 598), авторка з метою усунення відповідної колізії, вочевидь, мала б ініціювати виключення з Податкового кодексу України положення про встановлення нмдг на рівні податкової соціальної пільги – прожиткового мінімуму для працездатної особи.

Авторка монографії наполягає не тому, що розмір штрафу, призначеного судом, має вдвічі перевищувати розмір майнової шкоди, заподіяної злочином (с. 598). Такий підхід, на нашу думку, не враховує різну правову природу відшкодування шкоди, завданої злочином, і покарання майнового характеру. Хоч між розміром майнової шкоди, заподіяної конкретним злочином, і розміром штрафу за цей злочин і має бути певна пропорційна залежність, це в жодному випадку не означає, що їх розміри повинні бути ототожнені або «прив'язані» один до одного. Штраф – це захід примусу, що полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого, це те, чим має поплатитися винний за вчинений ним злочин. Розмір же завданої шкоди – це сума, яка відшкодовується винною фізичною чи юридичною особою у цивільно-правовому чи господарсько-правовому порядку незалежно від того, чи притягнуто конкретну винну фізичну особу до кримінальної відповідальності, чи призначено їй покарання, який вид і розмір цього покарання тощо.

На відміну від Л.М. Демидової (с. 264–265 монографії), вважаємо, що інсайдерська інформація за визначенням не повинна зіставлятись з комерційною чи банківською таємницею, оскільки (на відміну від останньої – таємної інформації) вона підлягає оприлюдненню в силу законодавчих вимог. Інсайдерська інформація має особливий статус, визначений законодавством про фондовий ринок і відмінний від правового режиму комерційної і банківської таємниці, а порядок її обігу як складова фондового ринку охороняється окремою кримінально-правовою заборонаю.

Не всі пропозиції Л.М. Демидової *de lege ferenda* сприймаються однозначно (зокрема це стосується перейменування розділів VII і VIII Особливої частини КК, виокремлення у ньому самостійного розділу щодо злочинів проти державних фінансів, деяких формулювань диспозицій кримінально-правових заборон, присвячених комп'ютерним злочинам, перенесення до розділу XV Особливої частини КК норми про відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво, визнання злочинами проти власності порушень прав на об'єкти права інтелектуальної власності, передбачених ст. 176 і ст. 177 чинного КК, віднесення дій, вчинених громадянином-засновником чи службовою особою, до кваліфікуючих ознак доведення до банкрутства). Однак загальне враження від комплексності підходу є вкрай позитивним, а всі ініційовані законодавчі пропозиції заслуговують на те, щоб стати об'єктом прискіпливої наукового аналізу і, частково, приводом для змістовної дискусії.

**НАУКОВІ ВИСНОВКИ, ПІДГОТОВЛЕНІ
ЗА ЗАПИТАМИ ВИЩИХ СУДОВИХ
ОРГАНІВ УКРАЇНИ**

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО О.З. НОГАЛЬ, ЗАСУДЖЕНОЇ ЗА Ч. 4 СТ. 190 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.Ф. ШКОЛЯРОВА ВІД 28 ТРАВНЯ 2015 Р. (ЩОДО ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ)¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

У заяві Ногаль О.З. від 12 травня 2015 р. про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 31 березня 2015 р. стверджується, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував одні і ті самі норми кримінального і кримінально-процесуального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, а саме: 1) за абсолютно подібних обставин у кримінальних справах за ч. 4 ст. 190 КК України суд неоднаково застосував кваліфікуючу ознаку – «вчинення злочину організованою групою»; 2) звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК України в одних випадках здійснюється вирок, а в інших – ухвалою.

І. Щодо неоднакового застосування особливо кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину організованою групою».

Засуджена Ногаль О.З. наводить такі аргументи на користь своєї тези про відсутність інкримінованої їй кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину організованою групою»: умисел на заволодіння коштами кожного разу виникав спонтанно; серед співучасників злочинів не було того, хто організовував і сплановував вчинення злочинів, а також тих, хто визнавав авторитет цієї особи; після взяття споживчого кредиту в одному із банків не планувалося взяття кредитів в інших банках; не було розподілу конкретних ролей; не було стійкості та стабільності, кожен зі співучасників жив своїм життям, займався особистими справами, зустрічі носили випадковий характер; ніхто (зокрема, Посівнич Р.М.) не забезпечував її фінансами для вчинення наступних епізодів; ніхто не розподіляв обов'язки та кошти між учасниками групи; Ногаль О.З. ніколи не вважала себе учасником організованої групи; суд допустив змішування різних форм співучасті – «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» та «вчинення злочину організованою групою»; суд не взяв до уваги роз'яснення Пленуму ВСУ про необхідність дослідження судами доказів незалежно від визнання вини не лише стосовно конкретних злочинів, а і щодо тих ознак, які вказують на їх вчинення саме організованою групою; неодноразовість вчинення злочинних діянь, їх частота та розподіл ролей не можуть свідчити про складну форму співучасті, якою є організована група.

Для того, щоб підтвердити чи спростувати висловлену Ногаль О.З. позицію, згідно з якою вона вчинила злочин у складі групи осіб за попередньою змовою, а не організованої групи, варто передусім навести законодавчі визначення злочину, вчиненого групою осіб за попередньою змовою та організованою групою, акцентувавши увагу на відмінностях між вказаними формами співучасті у злочині.

Відповідно до ч. 2 ст. 28 КК України злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення. Він характеризується такими ознаками: 1) участю кількох (двох і більше) осіб; 2) попередньою змовою. Відповідно до ч. 3 ст. 28 КК України злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Обов'язковими кримінально-правовими ознаками організованої групи є: 1) участь декількох осіб (три і більше); 2) попередня зорганізованість; 3) стійкість; 4) мета вчинення двох і більше злочинів; 5) об'єднаність єдиним планом, відомим усім учасникам групи; 6) розподіл функцій учасників групи, спрямованих на досягнення плану. Організована група відрізняється від групи осіб за попередньою змовою такими ознаками: 1) мінімальною кількістю учасників (у групі осіб за попередньою змовою – це дві і більше, а в організованій групі – три і більше особи); 2) ступенем організації (у групі осіб за попередньою змовою наявна попередня змова, а в організованій групі – попередня зорганізованість); 3) характерною для організованої групи стійкістю; 4) метою діяльності об'єднання (якщо група осіб за попередньою змовою може створюватись з метою вчинення одного злочину, то організована група – для вчинення як мінімум двох злочинів); 5) обов'язковою об'єднаністю учасників організованої групи єдиним планом відомим усім учасникам групи; 6) обов'язковою наявністю в організованій групі розподілу функцій учасників групи, спрямованих на досягнення плану. В процесі злочинної діяльності група осіб за попередньою змовою може трансформуватися (перетворитися) в організовану групу або злочинну організацію. Це може відбутися в результаті набуття стійкості, збільшення кількості учасників, побудови ієрархії в об'єднанні, появи єдиного плану, відомого усім учасникам групи з

¹ Висновок підготовлено спільно з А.А. Вознюком.

розподілом функцій, спрямованих на його реалізацію, тощо (див.: Вознюк А. А. Кримінально-правові ознаки організованих груп і злочинних організацій : монографія / А. А. Вознюк. – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2015. – 192 с.; Особливості кваліфікації та розслідування злочинів, учинених організованими групами та злочинними організаціями : метод. рек. / Вознюк А. А., Чернявський С. С., Татаров О. Ю. та ін. – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 56 с.).

Ступінь стійкості зв'язків учасників групи осіб за попередньою змовою може бути різною. Різновидами попередньої змови в організованих злочинних об'єднаннях є попередня зорганізованість та зорганізованість за попередньою змовою. Основна відмінність попередньої змови від названих суміжних ознак полягає в тому, що вона переважно стосується домовленості про конкретний злочин, рідше – організації об'єднання для вчинення декількох злочинів або зайняття злочинною діяльністю. Водночас попередня зорганізованість і зорганізованість за попередньою змовою, будучи фактично тотожними поняттями, означають набуття об'єднанням організованого характеру (групою осіб за попередньою змовою – ознак організованої групи) та організацію злочинної діяльності на більш менш тривалий час.

Далі вважаємо за доцільне проаналізувати аргументи Ногаль О.З. щодо спростування нею наявності кримінально-правових ознак організованої групи.

1. Умисел на заволодіння коштами кожного разу виникав спонтанно.

Для організованої групи, як і для співучасті загалом, характерна умисна форма вини (ст. 26 КК України). Той різновид умислу, на який вказує О.З. Ногаль («спонтанний»), не вказаний у жодній формі співучасті. Крім цього, виходячи з матеріалів справи, Ногаль О.З. безпідставно називає умисел спонтанним. Адже починаючи з першого спільно скоєного злочину кожне наступне злочинне посягання було заздалегідь домовлене та сплановане. На це вказує низка обставин. Так, у вироку Апеляційного суду Львівської області від 24 вересня 2014 р. наведено обставини вчинення першого злочину 5 червня 2007 р.: Ногаль О.З. прибула до Львова з метою вчинення злочину, заздалегідь домовившись з Посівничем Р. та Ю. Козаком. Про домовленість свідчить той факт, що усі троє перебували на місці вчинення злочину, Посівнич Р. та Козак Ю. заздалегідь домовились про одержання Ногаль О.З. кредиту у сумі 3900 доларів США у сьомому відділенні АТ «Індустріально-експортний банк». Про те, що умисел був не спонтанний, свідчить і той факт, що Ногаль О.З. мала з собою підроблену довідку про доходи. Така детальна домовленість була характерна практично для усіх інкримінованих епізодів (було 15 незаконних заволодінь коштами). Таким чином, вести мову про «спонтанність» умислу безпідставно.

2. Серед співучасників злочинів не було того, хто організовував та сплановував їх вчинення, а також тих, хто визнавав авторитет цієї особи. Не було розподілу конкретних ролей.

Наведене твердження не відповідає дійсності, оскільки, виходячи з наданих матеріалів, група у різних епізодах нараховувала 3-4 особи. При цьому функції організатора виконував Посівнич Р., оскільки він заздалегідь домовлявся з працівниками банків, давав вказівки Ногаль О. та Козаку Ю., які вони виконували, а також окремим потерпілим. Виходячи з матеріалів справи, функції організаторів виконували і самі Ногаль О. та Козак Ю. щодо невстановлених слідством осіб.

Крім того, для організованої групи характерний розподіл функцій, що може означати розподіл функцій між виконавцями, який детально продемонстрований у кожному епізоді діяльності організованої групи. При цьому наявність організатора, виходячи з буквального тлумачення ч. 3 ст. 28 КК України, не є обов'язковою. Водночас окремі науковці вважають присутність такої фігури обов'язковою в цьому разі.

3. Після взяття споживчого кредиту в одному з банків не планувалося взяття кредитів в інших банках.

Це твердження не відповідає дійсності, оскільки взяття кожного кредиту було заздалегідь детально сплановано. Більшість злочинів вчинялися через невеликий проміжок часу (один або декілька днів). Так, перший злочин учасники організованої групи вчинили 5 червня, другий – 6 червня, третій – 7 червня. Домовитись і організувати такі злочини за одну або декілька годин досить складно (щоб не сказати – неможливо), оскільки учасники групи мали обрати банк, попередньо дізнатись хоча б в загальних рисах про умови одержання кредиту, знайти особу, на яку його можна було б оформити, встановити з ним довірливі стосунки, ввести його в оману, приїхати на місце вчинення злочину (так, Ногаль О.З. жила не у Львові, а в Червонограді), підробити необхідні документи. Цілком очевидно, що принаймні перші декілька злочинів було сплановано одночасно або через незначний проміжок часу.

4. У групі не було стійкості та стабільності, кожен з учасників групи жив своїм життям, займався особистими справами, зустрічі носили випадковий характер.

Це твердження не відповідає дійсності, оскільки стійкість була, і вона підтверджується низкою обставин: 15 епізодами незаконного заволодіння кредитними коштами; досить тривалим періодом функціонування об'єднання (червень – серпень 2007 р.); відносно стабільним складом учасників об'єднання (троє членів об'єднання систематично вчиняли злочини, решта невстановлених членів залучалися до окремих протиправних

діянь); злочинною технологією – шахрайським заволодінням грошовими коштами, отриманими у банківських установах з використанням підроблених документів та здебільшого підставних осіб.

При цьому стабільність складу не є обов'язковою ознакою організованої групи, оскільки вона не передбачена безпосередньо в ч. 3 ст. 28 КК України серед кримінально-правових ознак організованої групи; вона (стабільність) лише додатково характеризує стійкість об'єднання. Для групи осіб за попередньою змовою стійкість є факультативною ознакою, а тому для кваліфікації злочину цим об'єднанням достатньо вчинення його учасниками і одного злочину. Вчинення ж декількох злочинів учасниками одного і того ж злочинного об'єднання з відносно постійним складом свідчить про те, що це об'єднання набуває стійкості як обов'язкової ознаки організованої групи. Водночас стійкість не означає обов'язкового спільного проживання учасників злочинного об'єднання, заборону займатися особистими справами у вільний від злочинної діяльності час тощо.

Твердження Ногаль О.З. про випадковий характер зустрічей під час вчинення понад 15 злочинів практично в один і той самий спосіб трьома і більше особами, які з'являлися усі разом в один і той самий час, взагалі виглядає нісенітницею.

5. Ніхто не забезпечував Ногаль О.З. фінансами для вчинення наступних злочинів.

Забезпечення фінансами кожного учасника групи організатором перед вчиненням кожного нового злочину не є обов'язковим відповідно до положень КК України, що регламентують співучасть.

6. Ніхто не розподіляв кошти між учасниками групи.

Ця ознака також не є обов'язковою для наявності організованої групи. Щоправда, і це твердження засуджене не відповідає дійсності: розподіл коштів відбувався у кожному випадку, оскільки потерпілі здебільшого передавали кошти одному члену організованої групи, який ділився або передавав їх іншим членам об'єднання.

7. Ногаль О.З. ніколи не вважала себе учасником організованої групи.

Однак її участь в організованій групі підтверджується низкою доказів, включаючи повне визнання своєї вини на засіданні апеляційного суду (сторінка 114 справи).

8. Суд допустив змішування різних форм співучасті – «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» та «вчинення злочину організованою групою».

Ознаки групи осіб за попередньою змовою вбачалися лише під час вчинення першого злочину. В подальшому (під час вчинення другого та наступних злочинів) простежується чітка трансформація відповідного злочинного об'єднання в організовану групу.

9. Суд не взяв до уваги роз'яснення Пленуму ВСУ про необхідність дослідження доказів незалежно від визнання вини не лише стосовно конкретних злочинів а і щодо тих ознак, які вказують на їх вчинення саме організованою групою.

Це твердження не відповідає дійсності, оскільки у судових рішеннях констатуються і доказуються ознаки організованої групи.

10. Неодноразовість вчинення злочинних діянь, їх частота та розподіл ролей не можуть свідчити про складну форму співучасті, якою є організована група.

Така ж позиція знаходить відображення в Ухвалі колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 9 лютого 2012 р.

На наш погляд, з цим твердженням погодитись складно. Навпаки, неодноразовість вчинення злочинних діянь, їх частота свідчать про те, що злочинне об'єднання набуває стійкості як однієї з обов'язкових кримінально-правових ознак організованих злочинних об'єднань. Вчинення декількох злочинів для організованої групи є обов'язковим, оскільки вказує на стійкість цього об'єднання. Водночас вчинення декількох злочинів для групи осіб за попередньою змовою є необов'язковим. Розподіл ролей також характерний здебільшого для організованої групи та злочинної організації. Неодноразовість вчинення злочинних діянь, їх частота та розподіл ролей не можуть свідчити про складну форму співучасті, якою є організована група, лише у разі відсутності інших обов'язкових кримінально-правових ознак організованої групи.

Далі звернемось до тих ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) щодо застосування особливо кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину організованою групою», які Ногаль О.З. долучила до своєї заяви про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 31 березня 2015 р.

Ухвала ВССУ від 18 листопада 2014 р.

На підставі аналізу відомостей, викладених у цій ухвалі, можна зробити висновок про те, що їх недостатньо для встановлення того, яка форма співучасті у злочині мала місце в цьому разі. Можна стверджувати, що злочин вчинено групою осіб за попередньою змовою, оскільки відсутні усі ознаки організованої групи, зокрема, розподіл функцій учасників групи та об'єднаність єдиним планом відомим усім учасникам групи.

Однак спосіб вчинення злочинів, їх кількість, кількість потерпілих, кошти, якими заволоділи, свідчить про те, що розподіл функцій та єдиний план могли бути, а відтак, злочин міг бути вчинений організованою групою. Змістовно не зовсім зрозуміло, чому врешті-решт було зроблено висновок про відсутність такої групи.

Ухвала ВССУ від 17 квітня 2014 р.

На підставі аналізу відомостей, викладених у цій ухвалі, можна зробити висновок про те, що злочин учинено організованою групою. Усі ознаки організованої групи детально розписані в ухвалі. І тому сумнівною виглядає перекваліфікація злочинів із вчинених організованою групою в злочини, вчинені групою осіб за попередньою змовою. Прокурор у касаційній скарзі, на наш погляд, аргументовано стверджує, що суд апеляційної інстанції неправильно застосував кримінальний закон при здійсненні вказаної перекваліфікації дій засуджених, виключивши кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину організованою групою». Належного обґрунтування з боку ВССУ у цій ухвалі ми не побачили. Цікаво, що коли ВССУ на початку своєї ухвали викладає фактичні обставини, він констатує і певним чином «розписує» ознаки організованої групи, а потім фактично без належних пояснень і досить несподівано вказує, що вирок в частині засудження за вчинення злочину організованою групою недостатньо мотивований.

Ухвала ВССУ від 21 серпня 2014 р.

У цій ухвалі взагалі не говориться про організовану групу, а також зроблено сумнівний висновок про відсутність в діях службової особи складу злочину, передбаченого ст. 365 КК. Тут немає і натяку на подібність з тим, що інкримінується Ногаль О.З.

Ухвала ВССУ від 25 вересня 2014 р.

На підставі аналізу відомостей, викладених у цій ухвалі, можна зробити висновок про те, що злочин (шахрайство) вчинено організованою групою. Водночас цей факт ніхто (включаючи засуджених) не ставив під сумнів, а питання виникало лише в частині призначення покарання. ВССУ підтвердив правильність кваліфікації. Тому нам складно зрозуміти, для чого Ногаль О.З. взагалі долучила до своєї заяви цю ухвалу.

Із викладеного випливає, що ВССУ неоднозначно (неоднаково) застосовує кримінальний закон щодо кваліфікації злочинів, учинених організованою групою. У певних випадках за наявності явних ознак організованої групи злочин чомусь кваліфікується як такий, що вчинений групою осіб за попередньою змовою. При цьому не береться до уваги той факт, що досить часто група осіб за попередньою змовою трансформується в організовану групу з досягненням стійкості, відповідного кількісного складу об'єднання, домовленості про вчинення нового злочину, з появою єдиного плану, відомого усім учасникам групи, та в результаті розподілу функцій.

Стосовно кваліфікації злочинних дій Ногаль О.З. вважаємо, що ці дії правильно кваліфіковані як шахрайство, вчинене організованою групою. Інакше кажучи, визнання злочинів Ногаль О.З. вчиненими організованою групою означає правильне застосування закону України про кримінальну відповідальність. Водночас застосування кримінального закону в частині такої особливо кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину організованою групою, у кримінальній справі Ногаль О.З. і тих кримінальних справах, в яких були винесені згадані вище ухвали ВССУ, вочевидь, можна вважати неоднаковим.

II. Щодо звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК України.

Звільнення від кримінальної відповідальності відповідно до ч. 3 ст. 288 КПК України суд здійснює своєю ухвалою шляхом закриття кримінального провадження. Тому здійснення звільнення від кримінальної відповідальності вирок суду свідчить про помилку. Однак слід погодитись з позицією ВССУ, викладеною в ухвалі від 31 березня 2015 р., відповідно до якої це порушення не є істотним порушенням кримінально-процесуального закону і таким, що перешкодило чи могло перешкодити суду повно і всебічно розглянути справу, а також це не погіршило становище засуджених та не порушило їх прав.

До того ж це порушення на момент написання заяви Ногаль О.З. було усунуте. Так, спочатку Ногаль О.З. була засуджена вирок Личаківського районного суду м. Львова від 7 листопада 2011 р. і визнана винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 4 ст. 190, ч. 3 ст. 28, ч. 2 ст. 358; ч. 3 ст. 28, ч. 3 ст. 358, ч. 2 ст. 190 КК України. 24 вересня 2014 р. Апеляційним судом Львівської області її було звільнено від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК України за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 28, ч. 2 ст. 358; ч. 3 ст. 28, ч. 3 ст. 358 КК України. У подальшому помилка апеляційного суду щодо звільнення від кримінальної відповідальності ухвалою, а не вирок була виправлена. Колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 31 березня 2015 р. звільнила від кримінальної відповідальності Ногаль О.З. на підставі ст. 49 КК України за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 190, ч. 3 ст. 28, ч. 2 ст. 358; ч. 3 ст. 28, ч. 3 ст. 358 КК України.

Таким чином, передбачених ст. 438 КПК України підстав для скасування або зміни судових рішень, винесених щодо Ногаль О.З., на нашу думку, немає.

ЗАУВАЖЕННЯ І ПРОПОЗИЦІЇ ДО ПРОЕКТУ ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ВССУ «ПРО ПРАКТИКУ ЗДІЙСНЕННЯ СУДАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД»

Ознайомлення з проектом дозволяє висловити такі міркування.

1. У п. 12 проекту постанови наводяться роз'яснення, присвячені вирішенню питання про конкуренцію між ст. 46 КК України «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим» і нормами КПК України щодо угод про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим). Загалом визнаючи ці роз'яснення слушними (у них за ст. 46 КК визнається пріоритет), водночас вважаю, що деякі з цих роз'яснень потребують уточнення і розвитку.

Пропоную в постанові наголосити на тому, що регламентовані КПК угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) не мають відношення до врегульованого КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, тобто в цій частині КК і КПК між собою не узгоджені. Адже кримінальне провадження на підставі вказаних угод передбачає ухвалення вироку і призначення покарання, хай і узгодженого сторонами відповідної угоди, чого не відбувається у випадку звільнення особи від кримінальної відповідальності. У цьому разі обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винуватою у злочині та який виражає негативну оцінку вчиненому з боку держави, не виноситься.

У проекті постанови роз'яснюється, що якщо до суду надійшла угода сторін про примирення і мають місце передбачені ст. 46 КК підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності, суд повинен згідно з п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК відмовити у затвердженні угоди про примирення і звільнити обвинуваченого від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК.

Слід звернути увагу на те, що порядок звільнення від кримінальної відповідальності (зокрема, у зв'язку з примиренням винного з потерпілим) закріплений у § 2 глави 24 КПК і відрізняється від передбаченого главою 35 КПК порядку кримінального провадження на підставі угод. Так, у випадку звільнення від кримінальної відповідальності до суду має надійти відповідне клопотання прокурора (ст. 287 КПК), яке і розглядається судом. Останній зобов'язаний з'ясувати думку потерпілого щодо можливості звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 288 КПК).

Під примиренням з точки зору застосування ст. 46 КК зазвичай розуміється добровільна юридично значуща угода між суб'єктом злочину і потерпілим від нього, яка слугує умовою звільнення винного від кримінальної відповідальності. Потерпілий, примирившись з винною особою і будучи задоволеним відшкодуванням завданих збитків (усуненням заподіяної шкоди), звертається до суду з клопотанням звільнити від кримінальної відповідальності особу, яка вчинила злочин, або принаймні не заперечує проти такого звільнення. Факт примирення потребує відповідного процесуального закріплення; щоправда, чинний КПК, крім згаданої вище ч. 2 ст. 288, нічого конкретного з приводу того, яким чином це примирення має відбуватись і оформлятися, не каже. Цілком очевидно, що ст. 471 КПК «Зміст угоди про примирення», в якій фігурує узгоджене покарання, не стосується звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим.

Отже, якщо згідно з КПК у випадку застосування ст. 46 КК до суду має надходити клопотання прокурора, а не угода про примирення, то наскільки коректним є запропоноване у проекті постанови роз'яснення про те, що суд у розгляданій ситуації повинен відмовити у затвердженні угоди про примирення через те, що вона порушує права, свободи чи інтереси сторін? Думаю, що п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК розрахована на принципово інші випадки. Недоречність посилення на цю кримінально-процесуальну норму підтверджується і тим, що в разі відмови від затвердження угоди про примирення досудове розслідування або судове провадження продовжується в загальному порядку (останній абзац ч. 7 ст. 474 КПК). Про яке таке продовження розслідування (провадження) може йти, якщо у випадку звільнення від кримінальної відповідальності кримінальне провадження закривається судом (п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК)?

У п. 12 проекту постанови можна прочитати: «... за наявності підстав для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим, у разі якщо потерпілий заперечує проти такого звільнення, оскільки результатом його примирення з обвинуваченим є укладена між ними угода, в якій визначено конкретне покарання або зазначено про звільнення від його відбування з випробуванням...» (далі – за текстом). Така редакція роз'яснення видається не зовсім вдалою, оскільки підставою для звільнення винного від кримінальної відповідальності у порядку застосування ст. 46 КК виступає сукупність умов, однією з яких є згода потерпілого на таке звільнення. Інакше кажучи, якщо є підстава для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачена ст. 46 КК, слід застосовувати останню (за нею – пріоритет, нею регламентовано обов'язковий, а не факультативний вид звільнення від кримінальної відповідальності), чітко відмежовуючи таке звільнення від угод про примирення, урегульованих КПК.

Разом з тим основна ідея аналізованого роз'яснення заслуговує на підтримку. Фактично йдеться про те, що за відсутності однієї з умов примирення, описаного в ст. 46 КК (наприклад, винний і потерпілий домовились про відшкодування шкоди у майбутньому), особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, проте це не виключає укладання угоди про примирення у порядку, передбаченому КПК. Можливо, у подібному ключі і варто формулювати відповідне роз'яснення.

В одному з абзаців п. 12 проекту постанови використовується неправильне словосполучення «у разі вчинення злочину у стані неосудності»: діяння, вчинене неосудною особою, злочином не визнається (це однозначно випливає з ч. 1 ст. 11 і ч. 1 ст. 18 КК).

2. Якщо мова вже зайшла про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (звільнення суміжне й автономне щодо кримінально-процесуального примирення), то навряд чи виправданим є відсутність в аналізованому проекті постанови роз'яснень щодо застосування ст. 46 КК. Передусім такі роз'яснення могли б бути дані з питання про суб'єктний склад кримінально-правового примирення. Одна з гострих проблем, що потребують розв'язання: чи можуть з точки зору застосування ст. 46 КК укласти угоди про примирення законні представники потерпілого, якщо ним є неповнолітній або особа, визнана недієздатною чи обмежено дієздатною? Те саме стосується близьких родичів або членів сім'ї, які отримують права потерпілого у разі смерті особи внаслідок вчинення кримінального правопорушення (ч. 6 ст. 55 КПК). В юридичній літературі з позначеного питання висловлюються діаметрально протилежні позиції (див., наприклад: Дудоров О.О. Про проблеми кримінально-правового заохочення // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 73–77).

На користь негативної відповіді на поставлене питання вказує ч. 4 ст. 56 КПК, в якій говориться, що право примиритись з підозрюваним (обвинуваченим) і укласти угоду про примирення у випадках, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, має потерпілий. На відміну від інших кримінально-процесуальних норм (зокрема, щодо угод про примирення), про законних представників тут не йдеться. А відповідно до ч. 5 ст. 44 КПК законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним (обвинуваченим) і не може бути доручена представнику. Разом з тим я не виключаю й іншого вирішення цього питання з урахуванням системного тлумачення положень КК і КПК України.

3. Використане на початку п. 12 проекту постанови висловлювання про «кримінальні правопорушення, де основним безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси», вважаю дискусійним. По-перше, у кримінально-правовій доктрині існують різні концепції об'єкта злочину, і концепція «об'єкт злочину – інтерес» серед них явно не домінує. По-друге, із змістовної точки зору говорити, що саме публічні інтереси є основним безпосереднім об'єктом злочинів проти основ національної безпеки України, проти довкілля, проти правосуддя, інших злочинів, згаданих в аналізованому роз'ясненні, не зовсім точно. За таких обставин для реалізації ідеї обмеження кола злочинів, кримінальне провадження щодо яких може супроводжуватись укладанням відповідних угод, коректніше вести мову (звичайно, розуміючи умовність пропонованого звороту) про злочини, що носять переважно публічний характер.

Крім того, підходити до формулювання переліку (видів) зазначених злочинів варто підходити більш виважено, ніж це роблять укладачі проекту постанови. Мабуть, не варто наводити вичерпний перелік конкретних розділів Особливої частини КК України, стверджуючи, що всі без винятку злочини, норми про відповідальність за які розміщені у цих розділах, в основному посягають на публічні інтереси. Так, до кримінальних правопорушень, в яких основним безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси і щодо яких укладення угод про примирення не допускається, у проекті постанови віднесено злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Однак очевидно, що злочини у сфері службової діяльності, вчинювані службовими особами юридичних осіб приватного права, немає підстав розцінювати як кримінально карані посягання, що носять переважно публічний характер. У розділі XVII Особливої частини КК України втілено (наскільки вдало – це вже інше питання) ідею диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення в публічній і приватній управлінських сферах. Сказане частково стосується і злочинів, кваліфікуючою ознакою яких є їх вчинення службовою особою, при тому, що у проекті постанови їх без будь-яких застережень віднесено до діянь, укладання угод про примирення щодо яких не допускається.

В абз. 3 п. 12 проекту постанови зазначається: «у разі якщо до суду надійшла угода про примирення, однією зі сторін якої є юридична особа публічного права...» (далі – за текстом). Із цього висловлювання може скластись хибне враження про те, що юридична особа може бути підозрюваним (обвинуваченим) як стороною угоди про примирення; натомість треба чітко писати про юридичну особу як потерпілого у кримінально-процесуальному розумінні цього поняття. Крім того, зміст аналізованого роз'яснення, з якого випливає, що за певних умов примирення за участю юридичної особи публічного права не виключається, суперечить роз'ясненню, розміщеному в попередньому абзаці п. 12, згідно з яким, як вже вказувалось, укладання угод у кримінальних провадженнях щодо службових злочинів взагалі неможливе.

4. Наведені в останньому абзаці п. 6 проекту постанови роз'яснення, присвячені звільненню від відбування з випробуванням на підставі угод, ґрунтуються на приписах КК і КПК, а тому заперечень викликати не можуть, хоча сама ця законодавча новела є вельми сумнівною (див.: наприклад: Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми звільнення від покарання та його відбування в контексті нового КПК України // Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). – Львів : ЛьвДУВС, 2013. – С. 54–56). Пропоную у розвиток викладених у проекті постанови роз'яснень додати, що чинні КК і КПК України регулюють два різновиди звільнення від покарання з випробуванням: 1) загальний – коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний – у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК України, не є обов'язковим.

5. У п. 6 проекту постанови також сформульовані роз'яснення щодо призначення угодженої міри покарання у випадку укладання угоди. Положення про те, що і у цьому разі мають братись до уваги загальні засади призначення покарання, на мій погляд, є слушним, адже КПК не може визначати межі такої домовленості: регулювання призначення покарання – виключна прерогатива закону про кримінальну відповідальність. Задля справедливості зауважу, що у літературі з цього питання зустрічається і протилежна точка зору (див., зокрема: Бурдін В.М. Деформація новим КПК України окремих положень КК України // Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19 – 20 вересня 2013 р.). – Львів : ЛьвДУВС, 2013. – С. 37–38; Пономаренко Ю.А. Основні кримінально-правові новели, принесені новим КПК України // Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). – Львів : ЛьвДУВС, 2013. – С. 132).

Однак для чого в постанові переписувати пункти 1–3 ч. 1 ст. 65 КК? До речі, в абз. 2 п. 14 проекту постанови вказується на доречність включення у мотивувальну частину вироку такої фрази: «Узгоджене сторонами покарання відповідає загальним правилам призначення покарання, передбаченим КК». Уточню, що у ст. 65 КК йдеться про загальні засади призначення покарання, а не загальні правила. До того ж покарання, що призначається судом, у тому числі у випадку затвердження вироком суду укладеної угоди має відповідати як загальним, так і спеціальним засадам призначення покарання. Невідповідність міри покарання, узгодженої сторонами, згаданим засадам є підставою для суду відмовити у затвердженні угоди відповідно до ч. 7 ст. 474 КК, що і варто роз'яснити у п. 6 проекту постанови.

В абз. 4 п. 6 проекту постанови пропонується роз'яснити: «За наявності обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного сторони угоди з огляду на положення статей 65, 75 КК мають право, застосовуючи положення ст. 69 КК, визначати (узгоджувати)...». Далі навряд чи виправдано відтворюються закріплені у ст. 69 КК три основні варіанти призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, тобто у черговий раз переписується закон. Згадування у цьому разі ст.ст. 65, 75 КК вважаю недоречним, оскільки підставою для застосування ст. 69 КК виступає поєднання, по-перше, наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, і, по-друге, врахування особи винного. Крім того, з редакційної точки зору варто уточнити, що положення ст. 69 КК, як і інші законодавчі положення, що утворюють інститут призначення покарання, застосовують суди, а не сторони угод, які у порядку, визначеному КПК, узгоджують міру покарання.

Не викликає сумнівів, що удосконалений розділ XI Загальної частини КК України повинен містити норми, присвячені особливостям призначення покарання на підставі угод, а не обмежуватись, як сьогодні, узагальнюючим положенням ч. 5 ст. 65 КК про те, що у випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди.

ВІДПОВІДЬ ДЛЯ ВССУ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 55 КК УКРАЇНИ

У відповідь на поставлене суддею ВССУ Т.В. Матієк питання, з якого часу (часу спливу іспитового строку чи з моменту набрання законної сили вироком) особа починає відбувати додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у разі призначення основного покарання у виді позбавлення волі зі звільненням від відбування основного покарання з випробуванням, хотів би дати таке пояснення.

Звільнення особи від відбування покарання з випробуванням, установлення іспитового строку і подальше остаточне звільнення від відбування покарання стосуються лише основного покарання і не поширюються на додаткові покарання. Згідно зі ст. 77 КК України особі, яка звільняється від відбування покарання з випробуванням, серед іншого, може бути призначене додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Призначені відповідно до ст. 77 КК України додаткові покарання підлягають реальному і самостійному виконанню, про що суд повинен зазначити у резолютивній частині вироку (п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання»).

Із цього приводу в юридичній літературі наводиться такий приклад: за порушення правил безпеки дорожнього руху, що заподіяло потерпілому тяжке тілесне ушкодження, винний засуджується до двох років позбавлення волі з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк три роки. У цій ситуації суд може звільнити від відбування основного покарання з випробуванням; що стосується додаткового покарання; воно повинно виконуватися реально, і засуджений протягом установленого судом строку позбавляється права керувати транспортними засобами (див.: Пишменський Є.О. Звільнення від покарання та його відбування : коментар до кримінального законодавства та практики його застосування. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 69–70).

Призначення засудженому додаткових покарань у випадку звільнення особи від відбування покарання з випробуванням здійснюється на підставах і в порядку, безпосередньо визначених у кримінальному законі для зазначених видів покарання, і лише за умови дотримання всіх положень як Загальної, так і Особливої частин КК України. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 55 КК України в разі застосування ст. 77 КК України строк цього додаткового покарання обчислюється з моменту набрання законної сили вироком (це законодавче положення, до речі, відтворюється і в запиті судді ВССУ Т.В. Матієк). У такому випадку додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю застосовується не послідовно, а паралельно з іспитовим строком (див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.В. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 1 : Загальна частина. – С. 225–226).

При звільненні від відбування основного покарання з випробуванням позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, призначене як додаткове покарання, *підлягає реальному виконанню* з моменту набрання вироком законної сили (див.: Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины : монография. – Х. : Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 288). Це є принциповим питанням, оскільки при звільненні від відбування покарання з випробуванням суд установлює іспитовий строк тривалістю від одного до трьох років. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю також може бути призначене судом винному як додаткове покарання на строк від одного до трьох років. Таким чином, у випадку призначення зазначеного виду покарання при звільненні від відбування покарання з випробуванням протягом іспитового строку щодо засудженого може виконуватися додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Із викладеного, зокрема, впливає, що ухилення засудженого від відбування покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю є підставою для засудження його за цей злочин і призначення покарання за сукупністю вироків (див.: Шиян Д.С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид кримінального покарання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Шиян Денис Сергійович. – Дніпропетровськ, 2008. – С. 185).

Отже, до успішного закінчення іспитового строку і до остаточного (на підставі ч. 1 ст. 78 КК України) звільнення від призначеного основного покарання засуджений має виконати додаткове покарання, у тому числі у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО С.М. ЛЕБЕДЄВА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 3 СТ. 212, Ч. 2 СТ. 366 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.Ф. ШКОЛЯРОВА ВІД 15 ЛИСТОПАДА 2011 Р. (ЩОДО ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВОГО ПОКАРАННЯ)¹

1. Щодо можливості призначення конфіскації майна особі, яка засуджується за ч. 3 ст. 212 КК, за умови невстановлення в її діях корисливого мотиву.

Відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України конфіскація майна повинна встановлюватись лише за ті тяжкі та особливо тяжкі злочини, які є корисливими. Конфіскація майна «встановлюється не за всі із кола тяжких і особливо тяжких злочинів, а виключно корисливі з них...» (див.: Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – С. 120). Разом з тим у чинному КК України трапляються випадки, коли має місце неузгодженість (колізія) між статтею Загальної частини КК України, присвяченою конфіскації майна як додатковому покаранню, з одного боку, і санкціями конкретних статей Особливої частини КК, з іншого, а саме конфіскація майна передбачається за злочини, які не завжди вчиняються з корисливих спонукань (з корисливою метою).

Одним із таких випадків є ч. 3 ст. 212 КК, в якій конфіскація майна фігурує як обов'язкове додаткове покарання при тому, що мотиви ухилення від сплати податків і зборів можуть бути різними: це – не лише корисливі спонукання, а і, наприклад, бажання задовольнити виробничі потреби суб'єкта господарювання або виплатити заробітну плату працівникам, прагнення продемонструвати відданість засновникам господарського товариства, кар'єризм, помста, бажання скомпрометувати керівника або власника підприємства (докладніше про мотиви ухилення від сплати податків і зборів див.: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 182–184).

Покарання має призначатись у межах, установлених у санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК), і водночас відповідно до положень Загальної частини КК (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК). Закріплена в п. 2 ч. 1 ст. 65 КК загальна засада призначення покарання підтверджує взаємозв'язок і взаємообумовленість Загальної та Особливої частин КК України. Незважаючи на визначальну роль санкції у призначенні покарання, вона не завжди дає повне (вичерпне) уявлення про покарання, яке може бути призначене винуватій особі. Законодавчо визначені межі призначення покарання і санкція норми Особливої частини КК – поняття, що не збігаються.

На думку В.О. Навроцького, з якою ми погоджуємося, колізії між нормами Загальної та Особливої частин КК України мають вирішуватись шляхом надання пріоритету тим положенням, які закріплено в Загальній частині КК України (див.: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 409). Це обумовлено тим, що норми Загальної частини КК України містять основоположні (загальні для всіх норм Особливої частини КК України) положення (правила), які існують для того, щоб всі норми Особливої частини КК України конструювалися та застосовувалися однаково.

Як це впливає з вироку Солом'янського районного суду м. Києва, яким засуджено С.М. Лебедева, та інших наданих процесуальних документів, районний суд всупереч ст. 64 КПК України не встановив мотив вчинення засудженим ухилення від сплати податків в особливо великих розмірах. Отже, немає підстав вважати, що С.М. Лебедев вчинив корисливий злочин, за який з урахуванням ч. 2 ст. 59 КК могла (а точніше – повинна була) бути призначена конфіскація майна. На користь висновку про неправильність призначення С.М. Лебедеву за вчинене ним ухилення від сплати податків а отже, і за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 212 і ч. 2 ст. 366 КК, конфіскації майна як додаткового покарання вважаємо за доцільне навести висловлювання науковців, які займались вивченням розглядуваної кримінально-правової проблеми.

Так, на думку Ю.А. Пономаренка, якщо злочин було вчинено за відсутності корисливого мотиву, суд згідно з ч. 2 ст. 59 КК України не вправі призначити винуватому конфіскацію майна, навіть якщо це покарання передбачено санкцією статті Особливої частини КК, за якою засуджується особа (див.: Пономаренко Ю.А. Види наказаній по уголовному праву Украины: монографія. – Х.: Изд-во «ФИНН», 2009. – С. 303). А.А. Музика та О.П. Горох пишуть, що в тому разі, коли відповідно до тієї чи іншої санкції застосування конфіскації є обов'язковим, однак злочин вчинено особою не з корисливих мотивів, призначення їй конфіскації майна буде безпідставним, а вирок – незаконним (див.: Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 103).

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

2. Щодо можливості віднесення до тяжких наслідків як кваліфікуючої ознаки службового підроблення сум податків, які не надійшли до бюджету і за ухилення від сплати яких особі інкриміновано ч. 3 ст. 212 КК.

Відповідно до ч. 2 ст. 366 КК України особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинення службового підроблення, якщо воно спричинило тяжкі наслідки. За змістом цієї кримінально-правової норми до тяжких наслідків може бути віднесена і матеріальна шкода. Отже, матеріальні збитки у вигляді сум податків, які не надійшли до бюджету, загалом є підстави розглядати як тяжкі наслідки при службовому підробленні. Водночас не беззаперечним є аргумент Верховного Суду України в рішенні від 30 жовтня 2008 року, на яке посилається захисник, про те, що при кваліфікації дій винного за сукупністю злочинів, передбачених ст. 212 і ст. 366 КК України, підроблення податкових декларацій було способом ухилення від сплати податків, а отже, тяжкі наслідки спричинені не службовим підробленням, а ненадходженням коштів у бюджет. Тяжкі наслідки у вигляді ненадходження податків до бюджету знаходяться в причинному зв'язку зі службовим підробленням за наявності складного ланцюгу причинності. Адже можна міркувати так: перша дія (підроблення податкової декларації) з неминучістю викликає проміжний наслідок (ухилення від сплати податків), своєю чергою, таке ухилення стає причиною для настання іншого, кінцевого наслідку – ненадходження до бюджету коштів в особливо великих розмірах. Таким чином, службове підроблення, вчинюване в ідеальній сукупності з ухиленням від сплати податків, є необхідною умовою, без якої неможливе настання наслідку у вигляді ненадходження до бюджету податкових коштів в особливо великих розмірах.

Незважаючи на сказане, переконані в тому, що кваліфікувати службове підроблення, яке виступає способом ухилення від сплати податків в особливо великих розмірах, не слід за ч. 2 ст. 366 КК України як таке, що спричинило тяжкі наслідки. Проблема полягає в тому, що при такій кваліфікації особі фактично інкримінується одна і та сама ознака (суспільно небезпечний наслідок) двічі, тобто порушується один із ключових принципів кримінально-правової кваліфікації, вироблений доктриною кримінального права – принцип недопустимості подвійного інкримінування. Цей принцип базується на конституційному положенні (ч. 1 ст. 61 Конституції України), згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнутий до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення (*non bis in idem*). Виходячи з таких міркувань, кваліфікувати дії особи, яка, підроблюючи документ, ухиляється від сплати податків в особливо великих розмірах, потрібно за ч. 3 ст. 212 КК України (оскільки такі наслідки безпосередньо породжуються саме ухиленням від сплати податків) і ч. 1 ст. 366 КК України без інкримінування тяжких наслідків як кваліфікуючої ознаки службового підроблення.

Разом з тим постає питання, яке не ставилось перед членам НКР, але яке також є актуальним з погляду дотримання принципу *non bis in idem*. Йдеться про доцільність кваліфікації ухилення від сплати податків за сукупністю зі службовим підробленням. Деякі злочинні діяння можуть вважатися способами вчинення інших злочинів. За правилами кримінально-правової кваліфікації, усталеними у юридичній науці, при конкуренції частини та цілого злочину, які є складовими одиничного складеного злочину (злочин-спосіб як частина цілого), не потребують кваліфікації за сукупністю з основним злочином (ціле). На жаль, законодавче описання деяких складів злочинів не завжди дозволяє чітко зрозуміти, чи охоплює склад складеного злочину діяння, яке є способом його вчинення. Відповідно, це питання має розв'язуватися шляхом тлумачення кримінального закону. Наприклад, для ухилення від сплати податків, вчинюваного шляхом перекручення податкової звітності, службове підроблення (частина) є підстави визнати обов'язковим способом вчинення злочину, передбаченого ст. 212 КК України (ціле). До того ж треба врахувати наявність обов'язкового додаткового об'єкта, яким у змодельованій ситуації виступає встановлений законом порядок офіційного документообігу. Таким чином, схилиємось до думки про те, що у випадку вчинення ухилення від сплати податків і зборів шляхом підроблення документів скоєне повністю охоплюється диспозицією відповідної частини ст. 212 КК України.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Е.В. РИЖУКА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 1 СТ. 366 КК УКРАЇНИ (ЩОДО ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВОГО ПОКАРАННЯ)

Ознайомлення з наданими документами, у тому числі винесеними в кримінальній справі щодо Е.В. Рижук, засудженого за ч. 1 ст. 366 КК, дозволяє позначити суть існуючої кримінально-правової проблеми за допомогою питання: чи вправі був суд додаткове покарання у виді права позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю приєднувати до штрафу, передбаченого санкцією ч. 1 ст. 366 КК України як основне покарання і призначеного засудженому?

Передусім слід сказати, що неясності з призначенням додаткового покарання в подібних ситуаціях спостерігались у доктрині і судовій практиці ще радянського періоду (див.: наприклад: Дуюнов В.К., Цветинович А.Л. Дополнительные наказания: теория и практика. – Фрунзе, 1986. – С. 141–142). У сучасній кримінально-правовій літературі України поставлену проблему найбільш повно розглянув В.І. Тютюгін, результати дослідження якого відтворені в монографії Ю.А. Пономаренка (див.: Пономаренко Ю.А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: монография. – Х., 2009. – С. 282–283). З урахуванням здобутків юридичної науки питання про можливість поєднання позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (далі – позбавлення права) як додаткового покарання з основними покараннями, передбаченими в альтернативній санкції, пропонується вирішувати таким чином.

По-перше, якщо позбавлення права вказано не в кінці альтернативної санкції – після перерахування всіх основних видів покарання, а в її середині – після одного з основних покарань, воно може бути приєднане тільки до цього основного покарання. Жодних неясностей тут не виникає. Варто хіба що додати, що суд і в такій ситуації вправі приєднати позбавлення права до основного покарання, до якого це додаткове покарання не «прилягає», але це може бути зроблено лише в порядку застосування ч. 2 ст. 55 КК України. Законодавчо визначені межі призначення покарання і санкція норми Особливої частини КК – поняття, що не збігаються. Санкція може не згадувати можливість призначення додаткового покарання при тому, що така можливість впливає з положень Загальної частини КК. Ч. 2 ст. 55 КК – якраз такий випадок.

По-друге, якщо позбавлення права у санкції норми зазначено після всіх альтернативно перерахованих основних покарань, і при цьому між останнім із них і позбавленням права не поставлено кому (як це і має місце в аналізованій санкції ч. 1 ст. 366 КК), позбавлення права може бути приєднане тільки до останнього з основних покарань, до якого воно «прилягає».

До речі, за підрахунками М.І. Хавронюка, санкція у вигляді двох основних альтернативних видів покарань та додаткового покарання у вигляді позбавлення права (без вживання коми) передбачена всього у шести випадках – це ч. 1 ст. 131, ч. 2 ст. 143, ст. 221, ч. 2 ст. 258-2, ст. 363 і ч. 1 ст. 366 КК (див.: Хавронюк М.І. Дещо про значення коми для народного господарства // Проблеми вдосконалення законодавства про протидію відмиванню злочинних доходів і корупції (Донбаські правові читання) // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. Спеціальний випуск № 8. У трьох частинах. Частина 2. – Луганськ, 2010. – С. 240).

На користь викладеного вище (сприятливого для засудженого Е.В. Рижук) тлумачення кримінального закону вказує:

1) існування різних законодавчих конструкцій санкцій (описані вище варіанти «по-перше» і «по-друге» і варіант «по-третє», вказаний нижче), з чого випливає, що законодавець свідомо диференціює кримінально-правову репресію, по-різному будуючи санкції і допускаючи (не допускаючи) призначення позбавлення права як додаткового покарання у поєднанні з основними покараннями, перерахованими у конкретній санкції;

2) розділовий сполучник «або» вживається на означення того, що з ряду перелічуваних предметів (явищ і т. ін.) можливий тільки один (див.: Великий тлумачний словник української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь, 2005. – С. 2). Тому має рацію заступник Генерального прокурора Ю. Ударцов, коли, застосовуючи граматичне тлумачення закону, вважає, що у санкції ч. 1 ст. 366 КК за допомогою розділового сполучника «або» позначаються рівноправні види покарань, з чого випливає можливість одного з двох варіантів – призначення покарання у вигляді або штрафу, або у вигляді обмеження волі з позбавленням права;

3) при застосуванні норм кримінального закону закріплене у ст. 63 Конституції України правило «тлумачення сумнівів – на користь особи» має відігравати не менш вагомий роль, ніж під час прийняття процесуального рішення у справі. Точки зору, згідно з якою згадане конституційне правило носить комплексний (матеріально-процесуальний) характер, дотримується чимало відомих вітчизняних науковців, зокрема, П.П. Андрушко, Л.П. Брич, А.А. Музика, В.О. Навроцький, А.М. Ришелюк.

По-третє, якщо позбавлення права у санкції норми зазначено після всіх альтернативно перерахованих основних покарань, і між цим додатковим покаранням та останнім із перерахованих основних покарань

стоїть кома, позбавлення права без посилання на ч. 2 ст. 55 КК може бути приєднане до будь-якого з основних покарань, зазначених у санкції (така ситуація має місце, наприклад, у ч. 1 ст. 364 КК).

На думку М.І. Хавронюка, наявність коми перед додатковим покаранням не є підставою переконливо стверджувати, що це покарання співвідноситься з кожним альтернативним основним покаранням. На думку науковця, і в цьому випадку має місце неоднозначність тлумачення з граматичної точки зору. Взагалі наявність у КК мовних помилок унеможлиблює тлумачення кримінального закону з використанням правил пунктуації (див.: Хавронюк М.І. Вказана праця. – С. 242).

Таким чином, вважаю, що районний суд, призначивши Е.В. Рижукі штраф як основне покарання, не вправі був на підставі ч. 1 ст. 366 КК України призначити йому додаткове покарання – позбавлення права обіймати посади лікаря-нарколога строком на 2 роки. Суд мав право призначити додаткове покарання у порядку застосування ч. 2 ст. 55 КК, однак посилання на цю норму Загальної частини КК України у винесеному вирокі відсутнє.

Насамкінець зазначу, що нагальною є потреба у вдосконаленні конструкцій альтернативних санкцій – як у плані усунення допущених законодавцем мовних помилок, так і з точки зору того, щоб у санкціях додаткові покарання вказувались безпосередньо після основних покарань, у поєднанні з якими вони можуть (повинні) призначатись.

ВІДПОВІДІ ДЛЯ ВССУ НА ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З УХВАЛЕННЯМ І НАБРАННЯМ ЧИННОСТІ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ ВІД 27 ЛЮТОГО 2014 Р. «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАСТОСУВАННЯ АМНІСТІЇ В УКРАЇНІ ЩОДО ПОВНОЇ РЕАБІЛІТАЦІЇ ПОЛІТИЧНИХ В'ЯЗНІВ»

1. Як розуміти дефініції «повна реабілітація» та «індивідуальна амністія», яке їх співвідношення та розмежування в контексті Закону № 792-VII?

До ухвалення Закону України «Про застосування амністії в Україні щодо повної реабілітації політичних в'язнів» № 792-VII (далі – Закон № 792-VII) і запровадження на його підставі індивідуальної амністії в юридичній літературі традиційно зазначалось, що законодавець не знає, до кого персонально буде застосована амністія; остання розрахована на застосування щодо неперсоніфікованого кола осіб, однак рішення про застосування акта амністії ухвалюється індивідуально щодо кожної особи. Амністія (на відміну від помилування) розглядалась як позбавлений персоніфікованого характеру акт вищого органу державної влади, який відіграє роль юридичної передумови ухвалення правозастосовним органом (в Україні – судом) відповідного процесуального рішення. Попри незвичність і, вочевидь, дискусійність поняття «індивідуальна амністія» як такого, можна стверджувати, що з урахуванням змісту Закону України від 1 жовтня 1996 р. зі змінами «Про застосування амністії в Україні» індивідуальна амністія означає повне або часткове звільнення від відбування покарання конкретно визначеної законодавцем особи. При цьому згаданий Закон справедливо не використовує поняття на кшталт «повна реабілітація» або «реабілітація», оскільки між амністією та реабілітацією існує принципова різниця. Акти амністії, як відомо, не ставлять під сумнів законність і обґрунтованість постановлених обвинувальних вироків; відповідно, амністія позбавлена реабілітуючого характеру. Взагалі амністія вважається різновидом юридично оформленого права пробачення особи, яка вчинила злочин, що реалізується від імені суспільства вищим органом державної влади.

Таким чином, амністію слід відрізнити від реабілітації, тобто від проголошення невинуватості осіб, несправедливо репресованих у судовому або позасудовому порядку, із поновленням їх прав. Хоч чинне законодавство України не визначає поняття реабілітації, пропоноване розуміння реабілітації впливає, зокрема, з положень Закону України від 17 квітня 1991 р. «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» і постанови Верховної Ради України від 24 грудня 1993 р. «Про тлумачення Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні».

Отже, реабілітація не може бути «повною» чи «неповною», а використаний у назві Закону № 792-VII зворот «повна реабілітація» є некоректним. Можна лише висловити припущення, що законодавець при ухваленні цього Закону мав на увазі те, що засуджені особи, які визнані парламентаріями політичними в'язнями і конкретизований перелік яких міститься в Законі № 792-VII, повинні бути реабілітовані за всі безпідставно інкриміновані їм злочини.

Вивчення Закону № 792-VII також дозволяє констатувати, що в ньому фактично не йдеться про реабілітацію тих чи інших осіб. Вказівка на реабілітацію міститься лише в назві цього Закону, що явно не узгоджується з його змістом, присвяченим індивідуальній амністії. За таких обставин назву Закону № 792-VII варто тлумачити обмежувально, а застосовуючи Закон – виходити не з його назви, а з його змісту.

2. Як розуміти поняття «політичні в'язні» та як діє Закон № 792-VII в часі, просторі та за колом осіб?

Поняття «політичні в'язні» не розкривається в чинному законодавстві України при тому, що такий зворот використовується в назвах значної кількості нормативно-правових актів.

У ст. 1 постанови Верховної Ради України «Про тлумачення Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» роз'яснюється, що політичний мотив репресій – це застосування державою примусових заходів щодо противників Радянської влади у вигляді пред'явлення обвинувачення у вчиненні політичного (контрреволюційного) злочину або визнання особи соціально небезпечною в політичному відношенні за наявності достовірних матеріалів, застосування на цих підставах репресій у судовому порядку відповідно до статей 33–34 КК УСРР 1927 р. та в адміністративному порядку. Зрозуміло, що таке тлумачення політичного мотиву репресій «прив'язане» до положень Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» і навряд чи може стати в нагоді при розкритті змісту поняття «політичні в'язні» для цілей застосування Закону № 792-VII. На мій погляд, у цьому разі під політичними в'язнями слід розуміти осіб, кримінальне переслідування яких здійснювалось у зв'язку з їх політичними переконаннями та які були засуджені внаслідок цього до покарання у виді позбавлення волі.

Зустрічаються і інші підходи з поставленого питання. Так, політичний в'язень інколи визначається як особа, яка перебуває під вартою або відбуває покарання у виді позбавлення волі, або направлена на примусове лікування, та в справі якої є присутньою явна політична складова (наприклад, опозиція до чинної влади). Політичним в'язнем може бути як арештований за звинуваченням у діях політичного характеру, так і за іншими, часто сфальсифікованими, звинуваченнями. У документах такої неурядової організації, як «Міжнародна амністія» («Amnesty International»), політичним в'язнем називається будь-який в'язень, у справі якого присутній вагомий політичний елемент. Ним можуть бути: мотивація дій в'язня, самі дії; причини, що спонукали владу відправити особу за ґрати. Коли кажуть «політичний в'язень», маються на увазі як в'язні совісті, так і особи, котрі вдалися до кримінально караних діянь (наприклад, заподіяли шкоду чужій власності за політичними мотивами). Всі політичні в'язні мають поставати перед справедливим судом у розумний термін, відповідно до міжнародно визнаного права ув'язнених на швидкий і справедливий суд або негайне звільнення. При цьому «Міжнародна амністія» вимагає негайного і беззастережного звільнення тільки для в'язнів совісті.

Якщо особи незаконно засуджені лише через свої політичні переконання, зокрема, за відсутності в їх діяннях певного складу злочину, вони мають підлягати реабілітації.

Дія Закону № 792-VII в просторі має відбуватись на загальних підставах (вони визначені у статтях 6–8 КК України), оскільки жодних застережень з цього приводу в самому Законі не зроблено. Щодо дії цього Закону в часі, то, як зазначено в ч. 3 його Прикінцевих положень, він набирає чинності з дня опублікування і поширюється (треба так розуміти) лише на тих осіб, які до цього моменту вчинили злочини і були засуджені за їх скоєння. У випадку прийняття іншого закону про індивідуальну амністію, то якщо в ньому самому не буде зроблено якихось застережень, його дія в часі має підкорятись вимогам ст. 5 Закону України «Про застосування амністії в Україні».

Вичерпний перелік осіб, до яких застосовується Закон № 792-VII, наведений у ч. 1 його Прикінцевих положень із зазначенням прізвищ, імен та по-батькові конкретних осіб, а також дат їх народження. Взагалі індивідуальна амністія, яку (поряд із «загальною» амністією – амністією щодо певної категорії осіб) передбачає наразі базовий Закон України «Про застосування амністії в Україні» та яка може набувати вигляду повного або часткового звільнення від відбування призначеного судом покарання, має застосовуватись лише щодо осіб, персонально (індивідуально) вказаних у певному законі, що передбачає таку амністію.

3. Як розуміти поняття «негайне звільнення» в контексті Закону № 792-VII, які зміст, підстави і порядок застосування такого звільнення?

Зворот «негайне звільнення» відомий КК України: він використаний у ч. 2 ст. 74 КК України, яка вимагає негайного звільнення від покарання особи, засудженої за діяння, караність якого усунена. Поняття негайного звільнення є оціночним, а питання щодо його тлумачення вже давно породжує дискусії серед науковців і практиків. В юридичній літературі зазначається, що, з одного боку, вказівка на негайність звільнення в ч. 2 ст. 74 КК є виправданою, оскільки вона здатна забезпечити особу від зволікань компетентних органів держави зі звільненням її від покарання. З іншого боку, буквально тлумачення зазначеного поняття здатне в окремих випадках буквально паралізувати вітчизняну судову та кримінально-виконавчу систему (докладніше про це і про можливі шляхи позначеної розв'язання проблеми див.: Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України: монографія / наук. ред. д-р юрид. наук, проф. О.О. Дудоров. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – С. 466–467).

При вирішенні розглядуваного питання потрібно, крім усього іншого, брати до уваги: 1) ч. 5 ст. 153 КВК України, згідно з якою дострокове звільнення від відбування покарання проводиться в день надходження відповідних документів, а якщо документи одержані після закінчення робочого дня – в першій половині наступного дня; 2) ст. 28 КПК України, яка визначає розумні строки під час кримінального провадження.

З огляду на сказане і, ґрунтуючись на справедливості та гуманізмі як основоположних принципах кримінального права, під негайним звільненням, вказаним у ч. 2 Прикінцевих положень Закону № 792-VII, варто розуміти якнайшвидше звільнення особи від покарання, що відбувається нею, в розумні строки (після набрання чинності законом, що передбачає індивідуальну амністію), без необґрунтованих зволікань.

4. Чи не суперечитиме звільнення особи від відбування покарання на підставі індивідуальної амністії меті прийняття згаданого Закону?

Вище вже зазначалось, що мета, назва і зміст Закону № 792-VII не узгоджені між собою. Сформульована законодавцем мета («недопущення політичних репресій і випадків застосування кримінальної юстиції для боротьби з політичними опонентами») мала б передбачати не застосування амністії до конкретно визначених в Законі осіб, а їх реабілітацію, якщо для цього були належні правові підстави (зокрема, вказані в ст. 284 КПК України відсутність події кримінального правопорушення або відсутність в діянні особи складу кримінального правопорушення). Тобто для реалізації заявленої мети законодавець повинен був обрати інший, відмінний від амністії правовий механізм – реабілітацію незаконно засуджених осіб. У зв'язку з цим складно погоди-

тись з висловленою в літературі думкою про те, що звільнення особи від відбування покарання на підставі індивідуальної амністії буде сприяти задекларованому Законом № 792-VII недопущенню політичних репресій і випадків застосування кримінальної юстиції для боротьби з політичними опонентами (див.: Комзюк А.Т., Литвинов О.М., Юхно О.О. Рекомендації щодо застосування кримінального закону у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні щодо повної реабілітації політичних в'язнів» № 792-VII // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 3. – С. 114).

Отже, звільнення особи від відбування покарання в порядку реалізації індивідуальної амністії, констатуючи винуватість амністованої особи в інкримінованих їй злочинах з усіма негативними наслідками, що з цього випливають, поза всяким сумнівом, суперечить меті прийняття Закону № 792-VII. Зокрема, через те, що вказаний Закон нічого не говорить про зняття судимості з осіб, на яких поширюється його дія, питання про їх судимість відповідно до ч. 3 ст. 6 Закону України «Про застосування амністії в Україні» має вирішуватись згідно з положеннями КК України (статті 89–90 цього Кодексу, посвячені погашенню і зняттю судимості).

5. Чи є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності особи віднесення її Верховною Радою України до політичних в'язнів, яка потребує повної реабілітації? Якщо так, то якими нормами закону слід керуватись суду, приймаючи відповідне рішення? Чи необхідно у таких випадках отримувати згоду особи?

Підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності вичерпно закріплені в КК України. Звільнення від кримінальної відповідальності не свідчить про виправдання особи, про визнання її невинуватою в злочині. КК України, регламентуючи цей правовий інститут, виходить із встановлення факту вчинення особою кримінально караного діяння, а тому передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються нереабілітуючими. З урахуванням того, що від кримінальної відповідальності може звільнятися лише та особа, яка зобов'язана її нести, вирішенню питання про звільнення від кримінальної відповідальності має передувати повне і точне встановлення фактичних обставин і правильна кваліфікація вчиненого злочину. На це орієнтує і Пленум Верховного Суду України в п. 2 постанови від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності». Отже, якщо особу визнано такою, що потребує реабілітації, оскільки вона є політичним в'язнем, вести мову про звільнення такої особи саме від кримінальної відповідальності недоречно.

Закон «Про застосування амністії в Україні» на сьогодні не передбачає звільнення особи від кримінальної відповідальності. Нагадаю, що до набрання чинності Законом України від 2 червня 2011 року «Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» та інших законодавчих актів України» амністія передбачала ухвалення Верховною Радою України відповідного акта, що передусім повністю або частково звільняв певну категорію осіб від кримінальної відповідальності або покарання. Наразі амністування здійснюється лише в межах реалізації кримінальної відповідальності – як у найбільш ліберальній її формі, коли відбувається засудження обвинувальним вироком, та одночасно особа звільняється від покарання, так і в найбільш репресивній формі, в межах якої особі призначається покарання, яке вона реально відбуває, і коли ця особа звільняється від невідбутої частини покарання. Тому особи, віднесені Верховною Радою України до політичних в'язнів, згідно із Законом № 792-VII можуть підлягати звільненню від відбування покарання в порядку реалізації індивідуальної амністії, порядок застосування якої врегульований як Законом № 792-VII, так і Законом України «Про застосування амністії в Україні».

Застосування амністії не допускається, якщо підсудний заперечує проти цього. Особа, щодо якої вирішується питання про застосування амністії, дає згоду суду в усній чи письмовій формі з обов'язковим зазначенням цього в протоколі судового засідання. Така вимога не міститься в базовому законі – Законі «Про застосування амністії в Україні» (що є його вадою), однак зазвичай фіксується в законах, якими амністія оголошується. Цілком закономірно, що особа наділяється правом заперечувати проти її амністування, оскільки вона (поряд з іншими мотивами) може вважати себе невинуватою. Якщо ж стосовно особи, визнаної політичним в'язнем, буде встановлено одну з так званих реабілітуючих підстав, вказаних у ст. 284 КПК України, кримінальне провадження має бути закрите. У цьому разі згоду особи на таке процесуальне рішення отримувати не потрібно.

ВІДПОВІДЬ ДЛЯ ВССУ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 105 КК УКРАЇНИ

На питання, чи потрібно виносити обвинувальний вирок у тому разі, коли неповнолітній звільняється від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру на підставі ст. 105 КК, на мій погляд, треба давати ствердну відповідь. Пряма законодавча вказівка на те, що в цьому випадку слід виносити вирок (зрозуміло, обвинувальний), міститься безпосередньо у ч. 1 ст. 105 КК: тут говориться про момент постановлення вироку.

Ч. 1 ст. 447 КПК, яка регламентує порядок застосування примусових заходів виховного характеру та яка вказує на винесення в аналізованій ситуації не вироку, а постанови (ухвали) судді (суду), не узгоджується ні з вимогами КК України, ні з виробленими наукою підходами щодо розуміння кримінальної відповідальності та її реалізації. З приводу цієї неузгодженості в юридичній літературі слушно зауважується, що ст. 447 КПК не повною мірою відображає вимоги КК, що регламентують особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх, а тому при застосуванні до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру передусім треба керуватись вимогами КК. Так, при звільненні неповнолітнього, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру, якщо судом буде визнано, що внаслідок щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки цей неповнолітній не потребує застосування покарання, кримінальна справа не закривається, а, навпаки, виноситься обвинувальний вирок із дотриманням вимог ст. ст. 333, 334, 335 і 446 КПК України із вказівкою на звільнення неповнолітнього від відбування покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру (див.: Уголовно-процесуальный кодекс Украины: научно-практический комментарий / под общей ред. В.Т. Маляренко, Ю.П. Аленина. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – С. 981–982).

Наведений підхід заслуговує не підтримку з урахуванням того, що КПК – законодавчий акт, норми якого стосовно КК носять допоміжний (обслуговуючий, похідний) характер. Загальновизнано, що у відносинах із низкою галузей права, до яких належить і право кримінально-процесуальне, кримінальне право виконує провідну, визначальну роль. Кримінально-процесуальні відносини детерміновані кримінально-правовими відносинами, відіграють у встановленні останніх «службову» роль.

Ст. 448 КПК, присвячена застосуванню судом примусових заходів виховного характеру, в якій знову говориться про винесення судом не вироку, а ухвали чи постанови, відсилає до ст. 232-1 КПК, в якій, як і в ст. 9 КПК, мова йде про звільнення від кримінальної відповідальності.

Стаття ж 105 КК (на відміну від ст. 97 КК, яка також передбачає застосування примусових заходів виховного характеру), означає не звільнення від кримінальної відповідальності, а реалізацію такої відповідальності. Під час застосування у цьому разі примусових заходів виховного характеру неповнолітня особа продовжує перебувати у межах кримінально-правових відносин. Поліфункціональність примусових заходів виховного характеру справедливо вбачається у тому, що вони можуть означати реалізацію кримінальної відповідальності. У ст. 105 КК передбачено той випадок, коли примусові заходи виховного характеру є реалізацією кримінальної відповідальності, оскільки закон говорить лише про звільнення від покарання (див.: Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 73).

Водночас ст. 447 КПК будь-яке застосування до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру пов'язує лише із закриттям судом кримінальної справи, що, як вже зазначалось, є проявом колізії між кримінальним і кримінально-процесуальним законодавством. Даючи роз'яснення щодо застосування примусових заходів виховного характеру (зокрема, пункти 19, 20 і 21 постанови Пленуму від 15 травня 2006 р. «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру»), Пленум Верховного Суду України на вказану колізію уваги, на жаль, не звернув і фактично висловився за пріоритет кримінально-процесуального закону із розглядуваного питання.

В юридичній літературі можна відшукати різні визначення кримінальної відповідальності. На мій погляд, кримінальна відповідальність – це особливий кримінально-правовий інститут, у межах якого здійснюється реагування держави на вчинений злочин і який полягає у здійснюваному судом в обвинувальному вирокі осуді порушника кримінально-правової заборони та, як правило, у застосуванні щодо нього заходів кримінально-правового впливу. Інакше кажучи, кримінальною відповідальністю визнається форма реалізації охоронних кримінально-правових відносин, яка завжди включає в себе держаний осуд злочину та особи, котра його вчинила, що, за загальним правилом, поєднується із здійсненням стосовно такої особи державного примусу у вигляді застосування заходів кримінально-правового впливу (див.: Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 713).

Положення про те, що застосування ст. 105 КК означає реалізацію кримінальної відповідальності, а тому передбачає постановленням судом обвинувального вироку, підтверджується висловлюваннями фахівців у галузі

кримінального права. Так, у науково-практичному коментарі до ст. 105 КК С.С. Яценко пише: «Частина 1 ст. 105 передбачає звільнення від покарання, яке здійснюється шляхом постановлення обвинувального вироку, що пов'язане з докором збоку держави за вчинений неповнолітнім злочином і є формою реалізації кримінальної відповідальності» (див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С.Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 203). В іншому науково-практичному коментарі В.О. Навроцький зазначає, що у випадку застосування ст. 105 КК «суд визначає покарання, встановлює його вид і розмір і постановляє про звільнення від покарання на підставі ст. 105. Одночасно суд призначає вид примусового заходу виховного характеру...» (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 244).

На думку Є.О. Письменського, звільнення від покарання та його відбування як кримінально-правовий наслідок вчиненого злочину може застосовуватися тільки до особи, визнаної винною в його вчиненні та засудженої обвинувальним вирокі суду. Звідси випливає, що так само, як і при застосуванні покарання, кримінальна відповідальність реалізується (особа щонайменше засуджується від імені держави, і це засудження передбачає осуд як її самої, так і вчиненого нею злочину), однак, на відміну від її відповідної форми, покарання не відбувається (не виконується) або відбувається (виконується) частково (див.: Письменський Є.О. Звільнення від покарання та його відбування: проблеми кримінального законодавства та практики його застосування : монографія : передм. д-ра юрид. наук, доц. М.І. Хавронюка [наук. ред. д-р юрид. наук, проф. О.О. Дудоров]. – Луганськ. : Вид-во «Віртуальна реальність», 2011. – с. 18–21).

Отже, у порядку застосування ст. 105 КК суду треба постановляти обвинувальний вирок, а не постанову (ухвалу). Дискутувати можна хіба що стосовно того, чи потрібно у цьому разі взагалі призначати покарання. Річ у тім, що термінологічна недбалість, допущена законодавцем у розділі XII Загальної частини КК України, – благодатний ґрунт для наукової полеміки і, зокрема, для дискусії на предмет віднесення до тієї чи іншої форми реалізації кримінальної відповідальності конкретних законодавчих положень. У літературі суперечливо вирішується питання, чи існує так звана найбільш ліберальна форма реалізації кримінальної відповідальності, яка означає винесення обвинувального вироку суду, а отже, здійснення державного осуду злочинця, що однак не поєднується із призначенням злочинцю будь-якої міри кримінального покарання. Інакше кажучи, чи існує кримінальна відповідальність у її «чистому» вигляді, «не обтяжена», як правило, заходами кримінально-правового впливу? (докладніше про це див.: Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 718–722).

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Т.Д. КМІТОВИЧ, ЗАСУДЖЕНОЇ ЗА Ч. 1 СТ. 115 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Т.В. ГОШОВСЬКОЇ ВІД 13 БЕРЕЗНЯ 2014 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

Із заяви захисника Т.Д. Кмітович про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 1 жовтня 2013 року випливає, що вчинений Т.Д. Кмітович злочин (просте убивство) є подібним до злочинів, вчинених іншими особами (привілейоване вбивство), у справах яких суд по-іншому застосовував норми кримінального закону (ухвали ВССУ від 30 жовтня 2012 року та 11 серпня 2011 року). На думку захисника, суд, на відміну від постановлених у зазначених справах рішень, неправильно застосовував кримінально-правові норми, кваліфікувавши вчинене Т.Д. Кмітович за ч. 1 ст. 115 КК України, в той час, як мав би кваліфікувати їх за ст. 116 КК України.

Із рішень Гайсинського районного суду Вінницької області від 8 лютого 2012 року та Апеляційного суду Вінницької області від 13 березня 2013 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено згаданою вище ухвалою ВССУ від 1 жовтня 2013 року, випливає, що засуджена Т.Д. Кмітович була визнана винуватою у вчиненні умисного вбивства Є.С. Дімітрова під час сварки з ним. Ознайомлення з фактичними обставинами скоєного злочину, які знайшли відображення у наданих процесуальних документах, дозволяє стверджувати, що Т.Д. Кмітович визнала свою вину у нанесенні ножем удару Є.С. Дімітрову в ліву половину грудної клітки, від чого останній помер на місці. Проте, на переконання засудженої, вона зробила це, перебуваючи в стані сильного душевного хвилювання, яке було викликане, серед іншого, систематичним знущанням з боку потерпілого. На підставі проведеної судово-психолого-психіатричної експертизи та показань експертів, допитаних під час судового розслідування, суд спростував зазначену позицію. Так, було доведено, що Т.Д. Кмітович не перебувала в стані класичного фізіологічного афекту, а також, що до неї з боку потерпілого не здійснювалось протизаконне насильство та систематичне знущання.

Виходячи із зазначених висновків суду, перейдемо до порівняння суспільно небезпечного діяння, вчиненого Т.Д. Кмітович, з казусами, на які вказує її захисник. Так, у справі згідно з ухвалою ВССУ від 30 жовтня 2012 року дії засудженої були кваліфіковані за ст. 116 КК України, оскільки, як встановив суд, вона вчинила вбивство, перебуваючи в афективному стані, що не поступався за своєю природою фізіологічному афекту. При цьому такий стан був викликаний протизаконним насильством і тяжкими образами з боку потерпілого. Так само у справі згідно з ухвалою ВССУ від 11 серпня 2011 року суд установив наявність у особи, яка вчинила вбивство, стану сильного душевного хвилювання та систематичні знущання, які його викликали.

Зі сказаного випливає висновок про відсутність подібності суспільно небезпечних діянь, що розглядаються. У справі Т.Д. Кмітович, на відміну від порівнюваних, як вже зазначалось, не доведено наявності стану фізіологічного афекту та протизаконного насильства (систематичного знущання), що мало (з погляду кваліфікації вчиненого за ст. 116 КК України) його викликати.

Разом з тим варто вказати на певну суперечливість окремих обставин справи щодо Т.Д. Кмітович. По-перше, звертають на себе увагу показання судового експерта-психолога Л.В. Запорожцевої, котра зазначила, що емоційний стан, у якому знаходилась Т.Д. Кмітович, міг значно обмежити її здатність усвідомлювати свої дії і керувати ними. При цьому, за твердженням науковців, які спеціально займаються відповідною проблематикою, стан сильного душевного хвилювання якраз і має місце, якщо «внаслідок перебування в ньому значною мірою обмежується здатність особи усвідомлювати свої дії або бездіяльність та (або) керувати ними» (див.: Авраменко О.В. Стан сильного душевного хвилювання: кримінально-правові та психологічні аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Авраменко Олександр Володимирович. – Львів, 2008. – С. 191). По-друге, суд, описуючи у вирокі обставини скоєного злочину, зазначив, що потерпілий під час сварки з Т.Д. Кмітович та її матір'ю А.П. Кмітович викрикував на адресу останньої образливі слова, лявся, штовхався тощо. Зазначені дії, на переконання фахівців із кримінального права, можуть бути оцінені як тяжка образа, оскільки вони становлять собою зневажливі висловлювання на адресу особи, близької Т.Д. Кмітович. Так, доктринальне розуміння тяжкої образи охоплює цинічні зневажливі вислови, нецензурну лайку чи висловлювання принизливих характеристик на адресу потерпілого або близьких йому осіб (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 296–297).

Якщо взяти до уваги дві зазначені обставини, вочевидь, є підстави зробити висновок про подібність суспільно небезпечних діянь, вчинених, з одного боку, Т.Д. Кмітович, та, з іншого, особами, щодо яких були винесені ухвали ВССУ від 30 жовтня 2012 року та 11 серпня 2011 року.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО О.А. ЯКОВЛЄВА ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 1 СТ. 115 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Л.Ф. ГЛОСА ВІД 8 ЛИПНЯ 2016 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

1. Із заяви захисників О.А. Яковлєва про перегляд вироку Апеляційного суду Полтавської області від 24 липня 2015 року та ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 30 березня 2016 року випливає, що кримінальна справа з обвинувачення їхнього підзахисного у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України, є схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справами, розглянутими касаційними інстанціями 12 вересня 2006 року, 20 грудня 2011 року, 11 червня 2013 року та 22 жовтня 2013 року. На думку захисників, суд апеляційної інстанції, на відміну від постановлених у зазначених справах вироків, неправильно розв'язав щодо О.А. Яковлєва питання про його перебування в стані необхідної оборони, а отже, допустив помилку в кримінально-правовій кваліфікації, оцінивши вчинене як умисне вбивство без пом'якшуючих обставин, при тому, що в поведінці засудженого вбачаються ознаки складу злочину, передбаченого ст. 118 КК України.

2. На підставі вироку Ожтєбрського районного суду м. Полтави від 6 квітня 2015 року О.А. Яковлєв був визнаний винуватим у вчиненні умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України). Натомість згідно з вироком Апеляційного суду Полтавської області від 24 липня 2015 року, законність і обґрунтованість якого згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 30 березня 2016 року, юридична кваліфікація дій О.А. Яковлєва змінена, і він був засуджений за вчинення умисного убивства, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України. При цьому у вироку Апеляційний суд Полтавської області, спираючись на докази, надані суду першої інстанції та відповідним чином оцінені останнім, по-іншому виклав обставини, за яких було вчинено посягання на життя потерпілого Д.Ю. Улья, що і призвело до зміни правової оцінки вчиненого вбивства.

3. Як свідчить аналіз наданих для вивчення матеріалів, ключовою фактичною обставиною, що вплинула на зміну кваліфікації, є початок конфлікту між засудженим О.А. Яковлєвим і потерпілим Д.Ю. Ульяком, який (початок конфлікту) суди подають в різній інтерпретації.

Так, суд першої інстанції відбив у фабулі обвинувачення цей момент таким чином: «Близько 00 годин 05 хвилин 9 червня 2014 року Яковлєв О.А. підійшов до в'їзних воріт домоволодіння № 27 по вул. Лагоди в м. Полтаві, де Ульяко Д.Ю. відпочивав зі своїми знайомими. Звідти одразу ж вийшов Ульяко Д.Ю., який перебував у нетверезому стані та без попередження наніс удар кулаком в обличчя Яковлєву О.А., від чого він відступив назад. Після цього Ульяко Д.Ю. наніс удар правою ногою по лівій нозі Яковлєва О.А. та ще 2-3 удари в обличчя, від чого останній позадкував та присів» (курсив наш – О.Д., Є.П.).

Водночас у своєму вироку Апеляційний суд Полтавської області, з яким погодився ВССУ, інакше описує початок конфлікту: «Близько 00 год. 05 хв. 09.06.2014 року Яковлєв О.А. разом з Філюшом Є.В. підійшов до в'їзних воріт вказаного домоволодіння. Туди ж з двору вийшов і Ульяко Д.Ю. При цьому конфлікт, який розпочався з словесної перепалки по телефону, переріс у бійку, під час якої Ульяко Д.Ю. наносив удари кулаками в обличчя обвинуваченого, та ногою по лівій нозі Яковлєва О.А.». (курсив наш – О.Д., Є.П.)

4. Одним із питань, яке підлягає обов'язковому розв'язанню при кваліфікації злочину за ст. 118 КК України, є встановлення наявності стану необхідної оборони, у якому перебуває особа, яка заподіює смерть. Якщо вона не знаходилась у цьому стані, то кваліфікація вбивства за ст. 118 КК України виключається, а правова оцінка надається (за відсутності обтяжуючих чи інших пом'якшуючих обставин) згідно з ч. 1 ст. 115 КК України.

Кримінально-правова доктрина виходить з того, що право на необхідну оборону може виникати лише за наявності для неї підстави. Підстава необхідної оборони визначається у ч. 1 ст. 36 КК України, де зафіксовано таке: необхідна оборона передбачає вчинення суспільно небезпечного посягання, що викликає у того, хто захищається, необхідність у його негайному відверненні чи припиненні шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди. Входячи з цього, підстава необхідної оборони складається із двох елементів: суспільно небезпечного посягання та необхідності в його негайному відверненні чи припиненні. Посягання – це певна поведінка особи, що передбачає спробу заподіяти шкоду. Таке посягання вважатиметься суспільно небезпечним, якщо його об'єктом виступають правоохоронювані права та інтереси особи, котра захищається, зокрема життя та здоров'я.

Необхідність негайного відвернення чи припинення посягання виникає тоді, коли зволікання з боку того, хто захищається, у заподіянні шкоди тому, хто посягає, загрожує негайною та явною шкодою правоохоронюваним інтересам.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

Заподіяння шкоди тому, хто посягає, за відсутності двох зазначених елементів або хоча б наявності лише одного з них свідчить про неправомірність дій особи, оскільки вона не перебуває в стані необхідної оборони. Відповідальність за заподіяння такої шкоди має наставати на загальних підставах. І, навпаки, наявність законної підстави означає виникнення в особи права на необхідну оборону (захист) (див.: Кримінальне право України: Загальна частина. Підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2015. – С. 293, 294, 295).

Отже, лише за наявності необхідної оборони можна робити висновок про те, чи перевищила особа межі необхідної оборони (не можна перевищити межі того, чого немає). Із цього приводу в юридичній літературі зазначається, що: перевищення меж необхідної оборони логічно передбачає існування стану необхідної оборони; перевищення меж необхідної оборони можливе лише в тому випадку, коли питання про допустимість оборонних дій не ставиться під сумнів (див.: Побегайло Э.Ф. Умышленные убийства и борьба с ними. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1965. – С. 148; Загородников Н.И. Преступления против здоровья. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 93; Сташис В.В., Бажанов М.И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. – Х.: Изд-во при Харьковском гоС. ун-те издат. объединения «Вища школа», 1987. – С. 61).

Стан необхідної оборони буде відсутній у тієї особи, яка своїми діями спровокувала посягання, тобто з певним наміром викликала напад, щоб використати його як привід для вчинення протиправних дій з метою розправитись з «нападником». Мотивами такої провокації можуть бути різні: помста, заздрість, ненависть, користь, хуліганські спонування тощо. Найбільш поширеним на практиці прикладом провокації посягання є інспірування бійки, щоб втягнути в конфлікт певну особу і під приводом здійснення необхідної оборони розправитись з нею. Кримінальна відповідальність за створення такої «штучної» обстановки і наслідки дій, яким винуватий прагнув надати форму захисту у стані необхідної оборони, настає на загальних підставах (див.: Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 641).

5. З урахуванням викладеного можна стверджувати, що, за версією суду першої інстанції, О.А. Яковлев знаходився в стані необхідної оборони, і для цього була відповідна підстава. Адже Д.Ю. Улько здійснив напад на О.А. Яковлеву, намагаючись спричинити шкоду його життю чи принаймні здоров'ю. О.А. Яковлев був вимушений негайно припинити вчинюване щодо нього посягання. Вочевидь, така інтерпретація фактичних обставин вчиненого злочину, обстоювана Апеляційним судом Полтавської області і ВССУ, відповідає ч. 3 ст. 62 Конституції України і ч. 4 ст. 17 КПК України, згідно з якими усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. За викладеного підходу цілком логічно, що відповідні дії О.А. Яковлева одержали кваліфікацію за ст. 118 КК України.

Разом з тим із вироку Апеляційного суду Полтавської області випливає інше – О.А. Яковлев не перебував у стані необхідної оборони, для якої у нього не було підстав. Д.Ю. Улько не здійснював напад, а їхній словесний конфлікт з О.А. Яковлевим переріс в обопільну бійку, під час якої вони заподіявали тілесні ушкодження один іншому. За викладених по-новому фактичних обставин зміна кваліфікації поведінки О.А. Яковлева з норми КК про відповідальність за привілейоване вбивство на норму КК, присвячену простому вбивству, є виправданою. Саме така позиція апеляційного суду була сприйнята судом касаційної інстанції.

6. У рішеннях за справами, наданими для порівняння, можна констатувати відсутність подібності суспільно небезпечних діянь, які підлягали кримінально-правовій оцінці в цих справах, зі злочином, вчиненим О.А. Яковлевим, адже засуджений не перебував у стані необхідної оборони. Якщо виходити з правильності оцінки доказів, установлених у вироку Апеляційного суду Полтавської області та ухвалі ВССУ, вчинене О.А. Яковлевим діяння правильно одержало іншу кваліфікацію (як просте умисне вбивство) порівняно з казусами, на які посилаються захисники та в яких мали місце інші фактичні обставини вчинюваних вбивств.

З огляду на це, видається неприйнятним твердження захисників про невідповідність рішення суду касаційної інстанції у справі О.А. Яковлева правовим позиціям Верховного Суду України щодо розмежування умисного вбивства (ст. 115 КК України) та умисного вбивства, вчиненого при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України). Адже підхід, неодноразово відображений Верховним Судом України в його постановах щодо обов'язку суду в зазначених ситуаціях встановлювати наявність, зокрема, суспільно небезпечного посягання, був сприйнятий судом касаційної інстанції. Інша річ, що факт такого посягання у справі О.А. Яковлева був визнаний не доведеним.

У межах такої позиції посилання захисників на наявність у засудженого тілесних ушкоджень для підтвердження їхньої тези про наявність здійснюваного на нього посягання, яке зумовило право засудженого захищатись, не можна вважати доречним. Бійка між засудженим і потерпілим є фактом, встановленим усіма судовими інстанціями, однак ця обставина не дозволяє однозначно стверджувати про виключно захисний характер дій О.А. Яковлева і перебування його в стані необхідної оборони.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Є.Л. ШОКУРОВА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА П. 12 Ч. 2 СТ. 115 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.І. КОСАРЕВА ВІД 3 КВІТНЯ 2014 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

1. Із заяви захисника Є.Л. Шокурова про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 14 листопада 2013 року випливає, що ця особа вважає кримінальну справу з обвинувачення її підзахисного у скоєнні злочину, передбаченого п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України, схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справами, розглянутими касаційними інстанціями 1 лютого 2011 року, 9 серпня 2011 року та 10 травня 2012 року. На думку захисника, суд, на відміну від постановлених у зазначених справах вироків, неправильно розв'язав щодо Є.Л. Шокурова питання про суб'єктивне ставлення цієї особи до настання суспільно небезпечних наслідків, а отже, допустив помилку в кримінально-правовій кваліфікації, оцінивши скоєне як умисне вбивство.

2. Вивчення рішень Василівського районного суду Запорізької області від 27 липня 2012 року та Апеляційного суду запорізької області від 3 квітня 2013 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 14 листопада 2012 року, дало змогу констатувати, що Є.Л. Шокуров у співучасті з А.Ю. Іванніковим та М.В. Бураковим вчинив злочин, передбачений п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України. Він, діючи за попередньою змовою групою осіб, численними ударами рук і ніг в область голови та тулуба умисно вбив Ю.Б. Цимермана.

3. Для розв'язання питання про правильність кваліфікації дій Є.Л. Шокурова слід зосередити увагу на розкритті такого елементу складу злочину, як суб'єктивна сторона. Загальновідомо, що встановлення ознак цього елемента зазвичай викликає найбільші труднощі у правозастосувача, оскільки суб'єктивна сторона – це внутрішня сторона злочину, яка відображає психічні процеси, що відбуваються у свідомості суб'єкта з приводу вчиненого ним діяння. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що суб'єктивні процеси є такими, що прямо не спостерігаються; їх не можна виміряти якимись приладами. Вину як щось суб'єктивне можна визначити тільки шляхом аналізу та оцінки об'єктивних обставин вчиненого особою правопорушення. Тому досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого діяння є відносним і цілком залежить, з одного боку, від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, та, з іншого, від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей (див.: Складаров С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 11). Констатація наявності вини та інших ознак суб'єктивної сторони складу злочину при вчиненні у тому числі злочинів проти життя і здоров'я особи зазвичай здійснюється через зовнішні ознаки злочину, його об'єктивну (найбільш інформативну) сторону. Її вивчення у справі щодо Є.Л. Шокурова дозволив сформулювати такі висновки.

4. У наданих для вивчення матеріалах не встановлено об'єктивно відображеного підтвердження того, що Є.Л. Шокуров та його співучасники вчиняли злочини, діючи з *прямим* умислом, тобто бажали спричинення смерті потерпілим. Такого ставлення до наслідків звісно не можна виключати, однак аналіз вчинюваних дій не дає підстави однозначно стверджувати про це. Отже, висновок суду про наявність прямого умислу у Є.Л. Шокурова (та ін.) є таким, що за умов заперечення всіма засудженими свого бажання заподіяти смерть не знаходить свого однозначного об'єктивного вираження, а отже, має характер припущення. Зворотного висновку можна було б дійти, наприклад, за умов застосування певного знаряддя або засобу вчинення злочину, яке здатне неминуче спричинити смерть (пістолет, ніж, кастет, сокира, важкий предмет тощо).

Як відомо, згідно з ч. 3 ст. 373 КПК України обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і ухвалюється лише за умови доведення у ході судового розгляду винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення.

5. Разом з тим складно погодитися, що за таких обставин особа не має взагалі умислу на заподіяння смерті, а відноситься до суспільно небезпечного наслідку, який настав, з необережністю. Необережність відповідно до ст. 25 КК України поділяється на злочинну самовпевненість та злочинну недбалість. Перший вид необережності (злочинна самовпевненість) слід виключити через очевидну відсутність легковажного розрахунку відвернення суспільно небезпечного наслідку у виді смерті потерпілого. Щодо злочинної недбалості, то будь-яка осудна доросла особа, завдаючи множинні удари руками та ногами в життєво важливі органи людини (зокрема, голову), повинна передбачати можливість настання суспільно небезпечного наслідку, яким серед іншого є смерть потерпілої особи.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

6. Таким чином, можна стверджувати, що у справі стосовно Є.Л. Шокурова суд дав правильну кримінально-правову кваліфікацію за ст. 115 КК України як умисне вбивство. Однак він дійшов безпідставного висновку про наявність у винуватих осіб прямого умислу на заподіяння смерті, що на кваліфікацію за ст. 115 КК України не впливає. Говорити в цій ситуації можна лише про непрямої умисел, оскільки за обставинами справи об'єктивно підтвердженням (доведенням) є лише той факт, що ці особи, передбачаючи суспільно небезпечні наслідки своєї поведінки, не бажали, але свідомо припускали настання смерті потерпілого. Такий умисел треба віднести до категорії конкретизованого (визначеного) альтернативного умислу, за якого, як і в розглядуваній ситуації, особа передбачає приблизно однакову можливість настання двох або більше конкретно визначених наслідків (наприклад, особа, яка б'є потерпілого кийком по голові, передбачає, що може вбити потерпілого або спричинити тяжку шкоду його здоров'ю) (див.: Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гусласького, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 375).

7. У рішеннях за справами, наданими для порівняння, можна констатувати подібність суспільно небезпечних діянь зі злочином, вчиненим Є.Л. Шокуровим. Адже фактично йдеться про схожі дії (нанесення серії ударів ногами і руками по голові та інших частинах тіла) та наслідки цих дій (смерть людини). З урахуванням зазначеного вище вважаємо, що такі діяння мали б отримати іншу правову оцінку, а саме як убивство, вчинене з непрямої умислом.

Таким чином, відповідно до поданих для розгляду матеріалів є підстави констатувати, що стосовно подібних суспільно небезпечних діянь касаційна інстанція неоднаково застосувала норми кримінального закону, що потягло прийняття різних за змістом рішень. Нанесення численних і сильних ударів взутими ногами або (та) руками по різним частинам тіла людини, включаючи життєво важливі органи (зокрема голову) виключає необережне ставлення (злочинна недбалість) до настання суспільно небезпечних наслідків у виді смерті. Адже за таких обставин особа не може не передбачати можливість настання смерті. При цьому за умов неможливості встановлення бажання особи заподіяти смерть потерпілому відповідне діяння має отримувати правову оцінку як умисне вбивство, вчинене з непрямої умислом.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО В.В. ДЕНИСОВА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 2 СТ. 121 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.І. КОСАРЕВА ВІД 6 ВЕРЕСНЯ 2012 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами в кримінальній справі щодо засудженого Денисова В.В. дозволяє висловити такі міркування.

Розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК України), і вбивства через необережність (ст. 119 КК України), викликає труднощі, зумовлені, зокрема, тим, що ці склади злочинів мають спільну ознаку у вигляді необережного ставлення до такого суспільно небезпечного наслідку, як смерть особи.

Із заяви адвоката Бібікова С.П. – захисника засудженого Денисова В.В. про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 8 травня 2012 року випливає, що адвокат вважає злочинні дії Денисова В.В. подібними до суспільно небезпечних діянь, яким давалась кримінально-правова оцінка у справах, розглянутих колегіями суддів Судової палати у кримінальних справах ВССУ як касаційними інстанціями, відповідно, 20 жовтня 2011 року та 16 червня 2011 року. На думку захисника, суд неправильно застосував норми кримінального права, а саме помилково кваліфікував дії В.В. Денисова за ч. 2 ст. 121 КК України в той час, як повинен був інкримінувати засудженому ч. 1 ст. 119 КК України.

Із рішень Сакського міськрайонного суду АРК від 12 серпня 2011 року та Апеляційного суду АРК від 25 жовтня 2011 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено згаданою вище ухвалою ВССУ від 8 травня 2012 року, вбачається, що засуджений Денисов В.В. був визнаний винним в умисному заподіянні потерпілому Панчуку С.С. тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило його смерть. Незважаючи на наявність певних суперечностей, які мали місце в процесі формування доказової бази та які були пов'язані з розбіжностями у поглядах на вчинене з боку судово-медичних експертів, суди врешті-решт зробили висновок про настання смерті потерпілого від гострої серцевої недостатності, яка могла виникнути внаслідок порушення ритму серця на фоні гіпертрофічної кардіоміопатії. Основною причиною порушення ритму серця визнано удари Денисова В.В., нанесені ним у проекцію 9-10-го ребер потерпілого зліва за задньою пахвинною лінією. Як результат – констатація наявності прямого причинно-наслідкового зв'язку між отриманим С.С. Панчуком тілесним ушкодженням і вчиненими Денисовим В.В. діями.

Висновок судів про наявність у поведінці В.В. Денисова такої обов'язкової для складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, ознаки об'єктивної сторони, як причинний зв'язок, видається обґрунтованим і таким, що базується на всебічному вивченні фактичних обставин справи. Щоправда, висновок про наявність у досліджуваній ситуації саме «прямого причинно-наслідкового зв'язку», як на це вказується у рішеннях судів із посиланням на висновок комплексної судово-медичної експертизи, видається занадто категоричним. На наш погляд, у цьому разі мав місце такий різновид причинного зв'язку, як причинний зв'язок за наявності особливих умов на боці потерпілого (див.: Кримінальне право України. Загальна частина : підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін. ; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К. – Х. : Юрінком Інтер-Право, 2007. – С. 125; Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 1. Общая часть. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрид. лит., 2004. – С. 200–202).

Такою умовою слід визнати серцеве захворювання, на яке страждав потерпілий та яке виступило каталізатором (прискорювачем) настання наслідку у вигляді його смерті. У доктрині визнається, що необхідний для кримінальної відповідальності причинний зв'язок має місце і тоді, коли смерть особи настає в результаті наявного у потерпілого захворювання, яке загострилось в результаті заподіяння злочинцем тілесних ушкоджень (див.: Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С. 269–270). Принагідно зауважимо, що в юридичній літературі умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК України), наводиться як приклад злочину з похідними наслідками, для якого характерним є не прямий, а опосередкований причинний зв'язок (див.: Шевченко Є. До питання про причинний зв'язок у злочинах з похідними наслідками // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 3. – С. 202).

Щодо кримінально-правової кваліфікації дій винного, то варто погодитися з думкою судів про необхідність застосування ч. 2 ст. 121 КК, а не ч. 1 ст. 119 КК України. Необережне вбивство, як відомо, передбачає відсутність умислу винного на заподіяння як тяжких тілесних ушкоджень, так і смерті потерпілому. Натомість у діях Денисова В.В., виходячи з їх характеру, вбачається умисел на заподіяння Панчуку С.С. тілесних ушкоджень. Безумовно, як і в більшості подібних ситуацій, цей умисел був невизначеним (неконкретизованим); при цьому за правилами кваліфікації злочинів діяння, вчинене з неконкретизованим умислом, оцінюється за наслідками, які фактично настали.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

Таким чином, хоч у винного не було умислу на заподіяння смерті потерпілого, він діяв з неконкретизованим умислом на заподіяння тілесних ушкоджень, у тому числі тяжких (з огляду на характер і локалізацію нанесених потерпілому ударів та на особу винного, який мав спеціальну фізичну підготовку), що виключає можливість застосування ст. 119 КК України.

Стосовно кримінальних справ, на які посиляється захисник як на такі, що мають подібний характер зі справою щодо Денисова В.В., але отримали іншу правову оцінку, треба зазначити таке. З ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 16 червня 2011 року вбачається, що у цій справі не було встановлено спричинення тяжких тілесних ушкоджень, а це справедливо виключає кваліфікацію за ч. 2 ст. 121 КК України. А в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 20 жовтня 2011 року зазначено, що потерпілому були умисно спричинені не тяжкі, а середньої тяжкості тілесні ушкодження. Смерть ж потерпілого взагалі є випадковою (результатом відриву тромбу після проведеного хірургічного втручання), що наводить на думку про необґрунтованість інкримінування у цьому разі ч. 1 ст. 119 КК України.

Таким чином, робимо узагальнюючий висновок про відсутність підстав для перегляду судових рішень, ухвалених щодо В.В. Денисова, правильно, на наш погляд, засудженого за ч. 2 ст. 121 КК України, і про відсутність подібності суспільно небезпечних діянь, на яку посиляється захисник. Адже у діях В.В. Денисова було встановлено наявність умисного тяжкого тілесного ушкодження, що не можна сказати про інші кримінальні справи, про які йдеться у заяві адвоката С.П. Бібікова про перегляд судового рішення.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО В.Ю. ЮРЧЕНКО, ЗАСУДЖЕНОЇ ЗА Ч. 3 СТ. 15, Ч. 4 СТ. 190 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ УКРАЇНИ Б.М. ПОШВИ ВІД 12 ВЕРЕСНЯ 2016 Р.

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

З уточненої заяви засудженої В.Ю. Юрченко про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 21 квітня 2016 р. випливає, що, на думку заявниці, мало місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї ж норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень. Стверджується, зокрема, що, на відміну від ухвал суду касаційної інстанції від 9 вересня 2014 р., 22 січня 2015 р., 14 липня 2015 р. і 7 червня 2016 р., стосовно В.Ю. Юрченко статтю 190 КК України застосовано неправильно – цю кримінально-правову заборону інкриміновано засудженій за наявності цивільно-правових відносин, які виключають наявність складу злочину «шахрайство».

Остаточно В.Ю. Юрченко засуджено за ч. 3 ст. 15, ч. 4 ст. 190 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років з конфіскацією всього належного їй майна за вчинення незакінченого замаху на заволодіння грошовими коштами на суму 225 тис. грн., розпоряджатись якими вона змогла б після постановлення Кіровським районним судом м. Дніпропетровська рішення на користь Р.О. Головченка та укладання з останнім угоди про переуступку права вимоги. Така кримінально-правова оцінка дана діям В.Ю. Юрченко, які полягали в організації складання, підписання в Р.О. Головченка і подання від імені останнього позовної заяви до Н.О. Чути про стягнення з неї як спадкоємця суми боргу на вказану суму та в організації представництва при розгляді цієї позовної заяви в суді. Про безпідставність (неправдивість) вказаної позовної заяви, шляхом подання і задоволення якої судом В.Ю. Юрченко планувала заволодіти грошовими коштами, належними Н.О. Чуті – родичці свого колишнього чоловіка С.О. Попова, свідчить, судячи з вироку Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 24 липня 2015 р. та ухвали Апеляційного суду Дніпропетровської області від 22 грудня 2015 р., зокрема, та обставина, що договір позики від 16 грудня 2006 р., нібито укладений між Р.О. Головченком і М.І. Чutoю – померлим чоловіком відповідача у справі Н.О. Чути, був підробленим. Насправді жодних боргових зобов'язань перед Р.О. Головченком, використовуючи якого як «живе знаряддя» діяла В.Ю. Юрченко, покійний М.І. Чута не мав.

Принагідно зауважу, що наведене в ухвалі Апеляційного суду Дніпропетровської області від 22 грудня 2015 р. обґрунтування відсутності в поведінці В.Ю. Юрченко складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 358 КК України, викладеної в попередній редакції, є сумнівним (суд вказав на відсутність у В.Ю. Юрченко ознак спеціального суб'єкта, які випливають з ч. 2 чинної редакції ст. 358 КК України, при тому, що в цій нормі не говориться про використання підробленого документа). Разом з тим навіть таке спірне обґрунтування в сукупності з іншими матеріалами справи підтверджує факт використання засудженою підробленого договору позики.

Оцінюючи позицію заявниці В.Ю. Юрченко і наведені нею аргументи в контексті з'ясування можливої підстави для застосування п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України та виходячи з доведеної у встановленому порядку наведених вище фактичних обставин, передусім хотів би зазначити, що неодноразові посилення засудженої на наявність цивільно-правових відносин як чинник, що в будь-якому разі унеможливило інкримінування ст. 190 КК України, мною сприймаються критично.

Відмежовуючи кримінально каране шахрайство від цивільно-правових деліктів, треба виходити з того, що отримання майна з умовою виконання якого-небудь зобов'язання може бути кваліфіковане як шахрайство – якщо встановлено те, що особа вже в момент заволодіння цим майном мала на меті його привласнити, а зобов'язання не виконувати. Як слушно зазначає О.М. Костенко, при обвинуваченні особи у вчиненні шахрайства під час укладення договорів цивільно-правового характеру слід в обов'язковому порядку встановлювати умисел особи на заволодіння майном в момент його отримання; в іншому випадку мова йтиме про відсутність складу злочину «шахрайство» та наявності цивільно-правових відносин між особами (див.: Костенко О.М. Висновки науково-правової експертизи з питання щодо ознак складу злочину, передбаченого ст. 190 Кримінального кодексу України, виконаної на запит адвоката Майорова В.О. та Нерсесяна А.С. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iqlaw.com.ua/publikatsiji/naukovi-visnovki/naukovij-visnovok-st-190-kku-shakhrajstvo-tsilivno-pravovij-aspekt>). Не виключені випадки, коли особа укладає той чи інший цивільно-правовий договір (кредитний, купівлі-продажу, оренди, комісії тощо) лише для того, щоб приховати справжній характер своїх дій, спрямованих на незаконне безоплатне заволодіння чужим майном. Як наслідок, має місце обман у намірах – обман щодо тих цілей, на які планується використати майно, отримане на підставі цивільно-правового

договору. Інакше кажучи, наявність формальних (навіть належним чином оформлених) цивільно-правових відносин, за допомогою яких суб'єкт прагне завуалювати свій злочинний умисел, за наявності підстав не повинна бути перешкодою для оцінки скоєного як злочину, передбаченого ст. 190 КК України.

Якщо рішенням колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 9 вересня 2014 р. встановлено, що за змістом відносини, які виникли між районним центром зайнятості і безробітним із приводу надання останньому одноразової допомоги для організації підприємницької діяльності, носили цивільно-правовий характер, на підставі чого було зроблено про відсутність у діях одержувача згаданої допомоги складу злочину «шахрайство» (такий же висновок та аналогічне обґрунтування знайшли відображення в залученій до заяви В.Ю. Юрченко ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 15 листопада 2011 р.), то в справі В.Ю. Юрченко встановлено принципове інше – умисел засудженої на незаконне безоплатне заволодіння чужим майном і конкретні дії, спрямовані на реалізацію цього умислу.

Так само вважає К.П. Задоя, зазначаючи в своєму науковому висновку в кримінальному провадженні щодо В.Ю. Юрченко, що в ухвалі ВССУ від 9 вересня 2014 р. висновок про відсутність у діях засудженої особи складу кримінального правопорушення ґрунтується на відсутності обману та зловживанні довірою при одержанні майна від уповноваженого органу влади. Лише цим можна пояснити висновок ВССУ про те, що спір, який виник між органом влади та засудженим, має розв'язуватись у порядку цивільного судочинства. Що ж стосується справи Юрченко В.Ю., то ухвалюючи рішення щодо неї, ВССУ не ставив під сумнів висновки судів інших інстанцій про прагнення засудженої заволодіти чужим майном шляхом обману та зловживання довірою.

Сказане дозволяє стверджувати, що в цій частині кримінального провадження щодо В.Ю. Юрченко немає підстав для звернення до п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України. Повторю, що як член НКР при Верховному Суді України я виходжу з доведеності тих фактичних обставин, які підлягають кримінально-правовій оцінці (із вироку ж Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 24 липня 2015 р. та інших процесуальних документів випливає, що В.Ю. Юрченко, послідовно не визнаючи свою вину в інкримінованих їй злочинах, інтерпретувала події, які сталися за її участю, принципово інакше).

Твердження В.Ю. Юрченко про те, що внаслідок вступу в законну силу рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська про відмову в задоволенні позовної заяви Р.О. Головченка (оскільки Н.О. Чута не прийняла спадщину і не є належним позивачем) ні Р.О. Головченко, ні В.Ю. Юрченко не могли заволодіти грошовими коштами в сумі 225 тис. грн., вказує лише на незавершеність вчинюваного посягання і не виключає того, що за спрямованістю умислу дії В.Ю. Юрченко могли і повинні були визнаватись незакінченим злочином (замахом на шахрайство в особливо великих розмірах) – зрозуміло, за наявності всіх ознак складу відповідного злочину. До того ж на згадане рішення суду за вказівкою В.Ю.Юрченко подавалась апеляція.

Не дивлячись на те, що провадження за ч. 2 ст. 190 КК України, первісно інкримінованою В.Ю. Юрченко, було закрито ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 22 грудня 2015 р. у зв'язку із закінченням строку давності, а В.Ю. Юрченко звільнено від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 2 ст. 190 КК України, в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 21 квітня 2016 р. зазначено, що відповідні дії В.Ю. Юрченко за цією нормою КК кваліфіковано правильно. Йдеться про отримання засудженою (на момент вчинення вказаних дій вона працювала на посаді головного спеціаліста юридичного відділу департаменту забезпечення діяльності міської ради) від С.О. Попова 12 тис. доларів США за організацію відзиву апеляційної скарги на рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 21 липня 2010 р., зняття з квартири, належної Н.О. Чуті, арешту, накладеного з метою забезпечення позову, надання допомоги в оформленні права власності на вказану квартиру і прискорення винесення міською радою рішення про введення цієї квартири в експлуатацію. Цілком очевидно, що таку поведінку В.Ю. Юрченко (за винятком хіба що першої обіцянки) не слід пов'язувати з цивільно-правовими відносинами (виконанням якихось цивільно-правових зобов'язань), хоч у своїй заяві про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 21 квітня 2016 р. засуджена стверджує протилежне.

Також В.Ю. Юрченко для порівняння надала ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 7 червня 2016 р., в якій суд касаційної інстанції зробив висновок про відсутність складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК України, посилаючись на відсутність добровільності передачі майна, оскільки на момент передачі грошей особа знала про не вигідність і необов'язковість цього кроку і передала гроші не в зв'язку з обманом (повідомленням неправдивих відомостей або приховуванням певних обставин), а для викриття іншої особи. На мій погляд, та обставина, що передачі В.Ю. Юрченко грошей передувала заява С.О. Попова до правоохоронних органів, зроблена ним із метою викриття протиправних дій В.Ю. Юрченко, не виключає наявності в цьому випадку добровільності передачі майна як однієї з ознак складу злочину «шахрайство». Хіба передачу С.О. Поповим грошей В.Ю. Юрченко можна назвати вимушеною, а не добровільною?

В абз. 2 п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» роз'яснюється, що обман чи зловживання довірою при шахрайстві застосовується винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості

передачі їй майна або права на нього. Теорія «вигідності або обов'язковості», відображена в цьому традиційному для вітчизняної доктрини і судової практики роз'ясненні означає обмежувальне тлумачення кримінального закону. Неприйнятність такої позиції, яка своїм першоджерелом має міркування ще укладачів Кримінального уложення Росії 1903 р., свого часу була доведена М.Д. Сергеевським і Б.С. Нікіфоровим (див.: Сергеевский Н.Д. Избранные труды / отв. редактор и автор биографического очерка А.И. Чучаев. – М.: ООО «Издательский дом «Буквоед», 2008. – С. 513; Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 121–123). Показово, що у відповідному узагальненні Верховного Суду України, проведення якого передувало ухваленню постанови Пленуму від 6 листопада 2009 р. № 10, при розкритті суті обману і зловживання довірою обґрунтовано не вказується на те, що в такий спосіб винний у шахрайстві викликає в потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі йому майна або права на майно. Натомість тут правильно говориться про те, що обман і зловживання довірою використовуються винним з метою заволодіння чужим майном (права на нього) (див.: Практика розгляду судами справ про злочини проти власності // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 23). Про це саме в своєму науковому висновку веде мову К.П. Задоя, звертаючи увагу на те, що функціонально обман і зловживання довірою при вчиненні шахрайства не завжди спрямовані на виникнення в потерпілого уявлення про вигідність чи обов'язковість передачі майна (наприклад, у випадках передачі майна в тимчасове безоплатне користування).

Вважаю, що чинна редакція ст. 190 КК України не виключає такого її тлумачення: особа, яка вводиться винним в оману, переконана в тому, що розпоряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо особа, яка вводиться винним в оману, не є власником майна) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Добровільність передачі майна як одну з ознак складу злочину «шахрайство» немає достатніх підстав завжди пов'язувати з вигідністю або обов'язковістю такої поведінки потерпілого.

Таким чином, у частині інкримінування В.Ю. Юрченко ч. 2 ст. 190 КК України закон про кримінальну відповідальність, як видається, застосовано правильно, що навряд чи можна сказати про кримінально-правову оцінку вчиненого особою, щодо якої винесено ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 7 червня 2016 р. У цій частині, вочевидь, можна констатувати неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї ж норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень.

Питання про визнання В.Ю. Юрченко службовою особою в кримінально-правовому значенні цього поняття і, відповідно, можливість кваліфікації зазначених дій не за ст. 190, а ст. 368 КК України з урахуванням широкого тлумачення звороту «використання службового становища» – тема окремої розмови.

Щоправда, з моменту вступу в законну силу ухвали Апеляційного суду Дніпропетровської області від 22 грудня 2015 р. ч. 2 ст. 190 КК України, так би мовити, не обтяжує (не погіршує) кримінально-правове становище В.Ю. Юрченко, оскільки та остаточно засуджена лише за ч. 3 ст. 15, ч. 4 ст. 190 КК України. Тому питання про доречність звернення в цій частині кримінального провадження до п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України, на мій погляд, позбавлене однозначності, однак з урахуванням того, що кримінальне провадження за ч. 2 ст. 190 КК України закрито, схильюся до того, щоб на це питання давати негативну відповідь.

К.П. Задоя висловлює думку про те, що ухвала ВССУ від 7 червня 2016 р. не є показником неоднакового застосування норм кримінального права, оскільки обставини відображеної в ній справи (гроші передавались потерпілим безпосередньо засудженій особі) подібні до епізоду, за яким кримінальне провадження щодо В.Ю. Юрченко закрито у зв'язку зі звільненням її від кримінальної відповідальності, але не до епізоду, за яким В.Ю. Юрченко засуджено та судові рішення щодо якого вона просить переглянути. Хотів би уточнити, що заявниця ставить питання про скасування усіх винесених щодо неї судових рішень, посилаючись на відсутність в її діях складу будь-якого злочину, а передбачені КК України підстави звільнення від кримінальної відповідальності носять nereабілітуючий характер.

Повертаючись до питання про обґрунтованість кваліфікації поведінки В.Ю. Юрченко за ч. 3 ст. 15, ч. 4 ст. 190 КК України, відзначу, що доречність його висвітлення зумовлена хіба що наявністю в наданих для вивчення матеріалах, по-перше, адресованого громадському захиснику Л.П. Зосько листа, підписаного завідувачем кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, членом НКР ВССУ В.І. Тютюгіним, і, по-друге, наукового висновку члена НКР при Верховному Суді України В.І. Тютюгіна щодо кваліфікації дій за провадженням стосовно В.Ю. Юрченко, а не з'ясуванням наявності або відсутності підстави для застосування п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України. Адже в жодній з ухвал суду касаційної інстанції, залучених до заяви В.Ю. Юрченко про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 21 квітня 2016 р., не розв'язується питання, чи може з погляду кваліфікації за ст. 190 КК України вводиться в оману не потерпілий (власник майна або «прирівняна» особа), а хтось інший – стороння щодо майна особа (наприклад, суддя або нотаріус) і чи може визнаватись різновидом обману як способу вчинення шахрайства подання безпідставного (завідомо неправдивого) позову, як це мало місце в справі В.Ю. Юрченко.

Позначена проблема завжди турбувала криміналістів. Так, дореволюційний вчений І.Я. Фойницький заперечував проти того, щоб визнавати кримінально караним обманом (шахрайством) подання недобросовісного (неправдивого) цивільного позову, виходячи з того, що цивільний процес є змагальним, і відповідач у ньому має можливість спростувати аргументи, наведені в неналежащому позові (див.: Мошенничество по русскому праву. Сравнительное исследование Ив. Фойницкого. – С. Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. – С. 227–231).

Особливістю шахрайства традиційно вважається те, що особа, яку зазвичай позначають як потерпілого (це власник або особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно) і воля якої сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього. Для кваліфікації скоєного як шахрайства не має значення рівень витонченості обману, ступінь обачності або, навпаки, легковажності потерпілого. Важливо лише, щоб у конкретній ситуації потерпілий не усвідомлював факту застосування щодо нього обману (зловживання довірою), щоб обманні дії винного були ефективними в аспекті успішного заволодіння чужим майном (правом на нього). Обов'язковою ознакою шахрайства визнається вже згадувана добровільність передачі майна чи права на нього; щоправда, така добровільність має умовний (уявний) характер, адже насправді дії зазначених осіб щодо передачі майна чи права на нього зумовлені тим, що вони введені в оману. Між діянням винного і помилкою потерпілої особи, яка передає майно, повинен бути причинний зв'язок (див.: Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 232–234; Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 319–324; Ємельянов М.В. Поняття та види шахрайства за Кримінальним кодексом України // Право і суспільство. – 2011. – № 6. – С. 165–166; Костенко О.М. Висновок науково-правової експертизи з питання щодо ознак складу злочину, передбаченого ст. 190 Кримінального кодексу України, виконаної на запит адвоката Майорова В.О. та Нерсисяна А.С. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iqlaw.com.ua/publikatsiji/naukovi-visnovki/naukovij-visnovok-st-190-kku-shakhrajstvo-tsivilno-pravovij-aspekt>; Лесняк В.И. Мошенничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Екатеринбург, 2000. – С. 38; Мошенничество по русскому праву. Сравнительное исследование Ив. Фойницкого. – С.-Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. – С. 232; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 533–534; Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 138, 140; Осокин Р.Б. Уголовно-правовая характеристика способов совершения мошенничества: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2004. – С. 38; Савченко А.В., Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство в Україні та за кордоном: порівняльно-правове дослідження: монографія. – К.: Вид-во ТОВ «НВП «Інтерсервіс», 2013. – С. 66–67, 74, 80; Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2003. – С. 56, 65, 78; Энциклопедия уголовного права. Т. 18. Преступления против собственности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – С. 334, 336; Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий под ред. С. Канарского. – 2-е изд. – К.: Гос. изд-во Украины, 1925. – с. 385; Фоменко Д., Тимошенко Н. Поняття шахрайства та його особливості // Юридичний вісник. – 2014. – № 2. – с. 121).

До адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Введення таких осіб в оману дає підстави говорити про опосередковане вчинення шахрайства (див.: Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 141–142; Мошенничество по русскому праву. Сравнительное исследование Ив. Фойницкого. – С.-Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. – С. 228, 231–232; Суслина Е.В. Ответственность за мошенничество по Уголовному кодексу Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Екатеринбург, 2007. – С. 89, 93, 95). Оскільки ст. 190 КК України не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались, із викладеним підходом слід погодитись.

У теорії кримінального права усталеним є положення про відмінне від співучасті опосередковане («посереднє») вчинення злочину. У випадках використання для вчинення злочину осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності, такі особи виконують роль своєрідного знаряддя вчинення злочину, а співучасник, поведінка якого із зовнішнього боку нагадує поведінку організатора або підбурювача, за допомогою їхніх дій (бездіяльності) досягає бажаного результату, і саме цей співучасник має визнаватись виконавцем злочину.

Цікаво, що відповідно до § 263 КК ФРН «Шахрайство» карається той, хто з наміром отримати для себе або іншої особи протиправну майнову вигоду заподіює шкоду майну іншого шляхом введення його в оману або підтримання у нього омани, видаючи неправдиві факти за істинні або перекручуючи, або змінюючи істинні

факти. У коментарі до § 263 КК ФРН зазначається, що у випадку так званого трикутного шахрайства не вимагається ідентичність між тим, хто введений в оману, та особою, якій врешті-решт заподіюється шкода. Однак між цими особами повинен існувати певний зв'язок, який дозволяє тому, хто вводиться в оману, розпоряджатись майном потерпілого, що визнається неписаною передумовою застосування § 263 КК ФРН. При цьому питання вимоги, які ставляться до згаданого зв'язку, його правової та фактичної спрямованості, належить до числа спірних у німецькій доктрині (див.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. – С. 191.). Тому допускає неточність О.В. Кришевич, коли при характеристиці § 263 КК ФРН пише про введення в оману лише потерпілого (див.: Кришевич О.В. Кримінальна відповідальність за шахрайство за законодавством Франції та Німеччини // Право і суспільство. – 2014. – № 6-1. – Ч. 2. – С. 274).

У літературі висловлено думку про те, що диспозицією ст. 190 КК України охоплюються також випадки обманного заволодіння чужим нерухомим майном (правом на нього) без участі потерпілого (див.: Ємельянов М.В. Кримінально-правова характеристика шахрайства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2013. – С. 10–11, 14). У визначенні шахрайства в КК України («заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою») нічого не говориться про поведінку потерпілого («прирівняної» особи). Тому наведена точка, яка може стосуватись і випадків обманного заволодіння чужим рухомим майном, не виходить за межі буквального тлумачення кримінального закону. Наведені вище установлені міркування про роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою не може бути поза спілкуванням між людьми. Однак якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться, наприклад, суддя, то і в цьому випадку, на мій погляд, є підстави говорити про наявність обману як інформаційного, (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої (останньою, як показано вище, зовсім не обов'язково повинна бути особа, потерпіла від шахрайства).

У світлі сказаного викликає інтерес постанова Пленуму Верховного Суду РФ від 27 грудня 2007 р. № 51 «Про судову практику у справах про шахрайство, привласнення і розтрату», у п. 1 якої зазначається, що шахрайство вчиняється шляхом обману або зловживання довірою, під впливом яких власник майна, інша особа або уповноважений орган влади передають майно або право на нього іншим особам або не перешкоджають вилученню цього майна або придбання права на нього іншими особами.

Аналізуючи викладене роз'яснення, П.С. Яні відзначає, що в ньому враховані і ті випадки (що мають, зокрема, місце при так званому рейдерстві), коли винний з метою протиправного і безоплатного вилучення чужого майна вводить в оману не самого потерпілого, а інших осіб та органи влади (наприклад, суд), представляючи в судовому засіданні в цивільній справі сфальсифіковані докази. При цьому в ролі іншої сторони в цивільній справі за підробленими документами може виступати підставна особа, а не справжній відповідач чи його представник. Суд, будучи введений в оману, ухвалює рішення про повернення майна потерпілого на користь винного, а судові пристави це рішення виконують. Особа, якій завдається шкода (керівник юридичної особи, на чие майно спрямоване посягання), в такій ситуації взагалі може не знати про судовий процес аж до звернення стягнення на майно і передає його, таким чином, винному не під впливом введення в оману (див.: Яні П. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения, растраты: объективная сторона преступления // Законность. – 2008. – № 4. – С. 14; Яні П.С. Очерк 16. Проблемы квалификации хищений // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / под ред. В.В. Лунеева. – М.: Изд-во Юрайт, 2010. – С. 598). Незаконність (протиправність) заволодіння чужим майном як ознака шахрайства вбачається і у випадку наявності такого судового рішення, на підставі якого відбувається безпідставне вилучення належного потерпілому майна. Шахрай, який добивається відповідного рішення суду, чудово усвідомлює його незаконний характер, відсутність у нього фактичних і правових підстав (див.: Петров С.А. Обман суда как способ мошенничества // Уголовное право. – 2013. – № 6. – С. 40–43; Смолин С.В. Обман суда: способ мошенничества или преступление против правосудия? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://отрасли-права.рф/article/9273>).

Такої ж позиції, судячи з його наукового висновку в кримінальному провадженні щодо В.Ю. Юрченко, дотримується К.П. Задоя, на думку якого будь-які судові рішення, постановлені в інших видах судового провадження, не можуть впливати на кримінально-правову природу дій особи. Протилежне означало б, що постановлене на сфальсифікованих доказах судові рішення, (наприклад, у цивільній справі) «легалізувало» б шахрайські дії з чужим майном і створювало особі, яка порушила кримінально-правову заборону, «імунітет» від кримінального провадження. Крім того, рішення, що набуло законної сили, у подальшому може бути скасоване судами вищих інстанцій чи за нововиявленими обставинами тим же судом, що ухвалив таке рішення. Відповідно, у такому випадку кримінальна протиправність чи непротиправність дій особи перебувала б у повній залежності від судових рішень в іншому провадженні. Дії В.Ю. Юрченко, спрямовані на постановлення судового рішення у цивільному провадженні за рахунок фальсифікації доказів у цивільній справі, не можуть

свідчити про її намір заволодіти майном потерпілої особи у непротиправний спосіб в кримінально-правовому сенсі. На переконання К.П. Задої, яке наразі поділяю і я, кримінально-правова оцінка дій засудженої має здійснюватись, незважаючи на той факт, що, за її задумом, спонукати потерпілу до передачі майна Р.О. Головченку мало судові рішення, що набрало законної сили.

Розглядуваний аспект тлумачення статті КК України про шахрайство актуалізується, зокрема, у зв'язку з розповсюдженістю випадків, коли особи, задіяні в злочинних механізмах безпідставного відшкодування з бюджету ПДВ, із питання про право на бюджетне відшкодування ПДВ вводять в оману не лише уповноважені державні органи (фіскальна служба, Державне казначейство), а і господарські суди. У результаті протиправне безоплатне заволодіння бюджетними коштами із зовнішнього вигляду набуває вигляду виконання судового рішення.

З урахуванням викладеного вважаю за доцільне звернути увагу на еволюцію поглядів В.І. Тютюгіна. У згаданому вище й адресованому громадському захиснику Л.П. Зосько листі, підписаному названим вченим як завідувачем кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого і членом НКР ВССУ, із посиланням на ст. 55 Конституції України категорично стверджується, що звернення до суду з позовом чи організація такого звернення є правомірною дією, що не може утворювати об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 190 КК України. Зазначається також, що навіть за умови усвідомлення засудженою безпідставності звернення до суду з позовом такі дії не можуть розцінюватись як шахрайство, оскільки обман при шахрайстві адресується саме потерпілому, який володіє майном (правом на майно), але в жодному разі не суду, який вирішує спір про наявність такого права.

Відверто кажучи, складно зрозуміти посилання на ст. 55 Конституції України, яка гарантує право кожного звернутись до суду за захистом своїх прав і свобод, якщо йдеться (як це мало місце у випадку з В.Ю. Юрченко) про подання до суду завідомо неправдивого цивільного позову та пов'язану з цим фальсифікацію доказів у цивільній справі.

У науковому висновку щодо кваліфікації дій В.Ю. Юрченко, підготовленому В.І. Тютюгіним як членом НКР при Верховному Суді України, з розглядуваного питання кваліфікації шахрайства знаходить відображення інший підхід. Адже в цьому документі можна прочитати про те, що звернення до суду з позовом, до якого доданий підроблений договір, може утворювати об'єктивну сторону шахрайства – за умови, що винна особа сама підробила і представила документ або завідомо знала, що використовує (подає до суду) підроблений іншою особою документ (договір) для обґрунтування позовних вимог. За такої умови, пише В.І. Тютюгін, обман, так би мовити, адресується через суд потерпілому, проти якого ухвалюється відповідне судові рішення, яке створює для потерпілого обов'язок добровільної передачі майна.

Зауважу з приводу сказаного, що конструкція опосередкованого вчинення злочину дозволяє розцінювати як шахрайство аналізовані дії В.Ю. Юрченко, яка, використовуючи інших осіб (так званих невинуватих агентів), організувала подання позовної заяви та представництво позивача при розгляді її в суді. На мій погляд, у розглядуваній ситуації дії В.Ю. Юрченко спрямовувались на введення в оману в першу чергу суду, а не потерпілого, як вважає В.І. Тютюгін, хоча цю розбіжність у тлумаченні ознак складу злочину «шахрайство» навряд чи можна вважати принциповою з погляду можливості інкримінування ст. 190 КК України.

Відображені у вирокі Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 24 липня 2015 р. показання судді Л.А. Васиної, яка розглядала цивільний спір, організований В.Ю. Юрченко, про те, що в зв'язку з великою завантаженістю роботою згадати обставини кожної цивільної справи вона не може, вважаю вельми показовими в тому сенсі, що за сучасних реалій вітчизняного правосуддя роль невинуватого агента при вчиненні опосередкованого шахрайства цілком може відіграти і введений в оману суддя.

З огляду на те, що зловживання довірою є відмінним від обману (альтернативним, самостійним) способом шахрайства, слід погодитись з В.Ю. Юрченко в тому, що в юридичному формулюванні обвинувачення мав фігурувати один із способів вчинення інкримінованого їй злочину, а не їхнє поєднання. Разом з тим рішення ухвали колеції суддів судової палати у кримінальних ВССУ від 28 травня 2015 р., на яке зроблено посилання в заяві засудженої і яким було скасовано винесені раніше судові рішення через невизначення способу шахрайства як істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, у наданих для вивчення матеріалах відсутні. Висловлю припущення, що рішення судів нижчих інстанцій в цьому випадку було скасовано з підстав неоднакового застосування кримінального процесуального закону. Крім цього, способи вчинення В.Ю. Юрченко незаконного шахрайства у винесених щодо неї судових рішеннях визначено (щоправда, «із запасом»). Тому і в цій частині кримінального провадження немає достатніх підстав для перегляду Верховним Судом України судових рішень згідно з п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК України.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО А.В. ЄЛЬШИНА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 3 СТ. 187 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Л.В. ГЛОСА ВІД 25 ЧЕРВНЯ 2012 Р.

Така кваліфікуюча ознака злочинів проти власності, передбачених ст. ст. 185, 186 і 187 КК України, як проникнення у житло, інше приміщення чи сховище, відповідно до традиційного підходу, виробленого як кримінально-правовою наукою, так і судовою практикою (абз. 2 п. 22 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»), передбачає, що винний потрапляє у житло, інше приміщення чи сховище незаконно, тобто за відсутності права перебувати у місці, де знаходиться майно. Не дивлячись на те, що ця характеристика прямо не закріплена в КК України, пропонуване тлумачення розглядуваної кваліфікуючої ознаки виходить з того, що законодавець не випадково наголошує саме на поєднанні крадіжки, грабежу і розбою з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, а не вказує, наприклад, на крадіжку, грабїж і розбїй, вчинені у житлі, іншому приміщенні чи сховищі (варіант: крадіжка, вчинена із житла, приміщення, іншого сховища).

Відповідно, наявність вільного доступу до того чи іншого приміщення (магазину, банку, кафе тощо) виключає інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як проникнення у житло, інше приміщення чи сховище, навіть якщо особа потрапляє в це приміщення з умислом заволодіти чужим майном. Так, О.І. Бойцов пише з цього приводу, що прихід винного у торговельний зал магазину або експозиційну залу музею, куди під час роботи вказаних закладів відкритий доступ для кожного, не утворює ознаки проникнення навіть за наявності умислу на викрадення (див.: Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 631).

З точки зору кваліфікації різниці між ситуацією, коли особа вільно потрапляє в приміщення того чи іншого закладу в робочий час і відразу вчиняє дії, спрямовані на заволодіння майном, і ситуацією, коли особа вільно потрапляє в приміщення закладу у робочий час, але дії, спрямовані на заволодіння майном, вчиняє не відразу, а дочекавшись зручного моменту і спочатку видаючи себе за звичайного відвідувача, на мій погляд, немає. В обох ситуаціях кваліфікація дій винного має здійснюватись без інкримінування проникнення у житло, інше приміщення чи сховище як обтяжуючої відповідальності обставини.

Якщо особа, маючи умисел на заволодіння чужим майном, шляхом вільного доступу у робочий час певного закладу потрапляє в його приміщення, і вчиняє дії, спрямовані на заволодіння чужим майном, яке зберігається не у місці, куди є вільний доступ (наприклад, сейфі банку, службовому приміщенні магазину), то такі злочинні дії мають розцінюватись як такі, що поєднуються з проникненням у приміщення або інше сховище. При цьому сховища як предмети матеріального світу, спеціально призначені для забезпечення зберігання матеріальних цінностей (на кшталт банківських сейфів і контейнерів), важливо відрізнати від ємностей і місткостей, де фактично можуть зберігатись матеріальні цінності, – бідонів, бочок, ящиків, чемоданів, портфелів тощо (див.: Бойцов А.И. Вказана праця. – С. 624, 632; Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – С. 138–139).

Крім того, в юридичній літературі вказується на можливість «подвійного проникнення», коли особа спочатку проникає в житло (приміщення), а потім в інше сховище, що міститься, в цьому житлі (приміщенні) (див.: Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 152–153). Наприклад, злочинець проникає до квартири потерпілого та вилучає із сейфу гроші, що належать потерпілому.

Наявність проникнення у житло, інше приміщення чи сховище треба констатувати і в тому випадку, коли винний здійснив вторгнення лише настільки, наскільки це необхідно для заволодіння чужим майном (наприклад, особа простягає у приміщення (сховище) свою руку або вилучає майно із приміщення (сховища) за допомогою крючків, магнітів, шлангів, дресированих тварин тощо).

Таким чином, у діях А.В. Єльшина, який вчинив розбійний напад у приміщенні кафе у робочий час, коли до його приміщення був вільний доступ, відсутня така передбачена ч. 3 ст. 187 КК України кваліфікуюча ознака розбою, як проникнення у житло, інше приміщення чи сховище.

ВИСНОВОК ДЛЯ ВССУ ЩОДО КВАЛІФІКАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ ЗА Ч. 2 СТ. 194 КК УКРАЇНИ¹

Переважна частина заборонних норм чинного КК України, які описують кваліфіковані склади того чи іншого злочину, починаються словами «те саме діяння» чи подібними до них конструкціями («ті ж дії, вчинені ...», «та сама дія, вчинена ...» тощо). Із цього випливає, що розглядувана проблема носить системний (комплексний) характер і стосується не лише ч. 2 ст. 194, а всієї Особливої частини КК України в частині розуміння такого роду конструкцій, а отже, має надзвичайно важливе значення як для теорії кримінального права, так і для практики застосування кримінального закону.

У науці кримінального права під діянням зазвичай розуміють обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, що набуває вигляду дії чи бездіяльності. У злочинах із матеріальним складом, до яких належить і злочин, караний за ст. 194 КК України, обов'язкові ознаки об'єктивної сторони охоплюють також наслідки та причинний зв'язок. Звідси робимо проміжний висновок про те, що діяння (у нашому випадку – умисне знищення або пошкодження чужого майна) та наслідки (шкода у великих розмірах) є різними за змістом ознаками об'єктивної сторони.

Питання кваліфікації, подібні до поставленого у запиті, виникають і у разі застосування інших статей КК України. Взяти хоча б розділ XI Особливої частини КК України «Злочини проти безпеки виробництва». У частинах других статей цього розділу аналогічно до ч. 2 ст. 194 КК вживається словосполучення «те саме діяння». У п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» увага судів звертається на те, що у випадках, коли при вчиненні злочинів, передбачених статтями 271–275 КК, одночасно настали наслідки, передбачені різними частинами цих статей, усі ці наслідки повинні бути зазначені у вироку, а дії особи треба кваліфікувати тільки за тією частиною статті КК, яка передбачає відповідальність за більш тяжкі наслідки.

Таким чином, за логікою Верховного Суду України, не виключені випадки, коли наслідки, вказані в різних частинах згаданих статей КК, не настають одночасно. Отже, розмірковуємо далі, наслідки, передбачені ч. 1 тієї чи іншої статті КК, можуть наставати не завжди і не є обов'язковими в контексті встановлення змісту словосполучення «те саме діяння».

Формула «та сама дія» використовується і в чинній редакції ст. 239-1 КК України. У зв'язку з цим постає запитання: як кваліфікувати дії особи, яка вчинила незаконне заволодіння ґрунтовим покривом землі, що заподіяло матеріальну шкоду у великому розмірі (ч. 2 ст. 239-1 КК), якщо при цьому не було створено небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, тобто не настали наслідки злочину, вказані у ч. 1 ст. 239-1 КК? Парадоксально, але якщо керуватися буквальною тлумаченням ч. 2 ст. 239-1 КК, то у наведеній ситуації кваліфікація дій особи за будь-якою з частин ст. 239-1 КК є неможливою, адже настання кримінальної відповідальності як за ч. 1, так і за ч. 2 ст. 239-1 КК пов'язується із створенням небезпеки для життя, здоров'я людей чи для довкілля. Цілком очевидно, що позначена проблема потребує розв'язання в законодавчому порядку.

Схожа проблема постає і стосовно поняття «інші тяжкі наслідки». Уявимо ситуацію: особа знищує конструктивний елемент невеликої гідроелектростанції в гірському поселенні; сума прямих майнових збитків складає 20 тис. грн.; відновлювальні роботи тривають більше місяця, і протягом цього часу в селі немає електроенергії. Тяжкі наслідки? Видається, що так, хоч заподіяна шкода і не є великою. Крім цього, навіть те знищення майна, що було вчинене загальнонебезпечним способом (ч. 2 ст. 194 КК), може і не спричинити шкоду у великому розмірі, яка є обов'язковою ознакою основного складу злочину, описаного у ч. 1 ст. 194 КК України.

Звичайно, законодавцю можна закидати те, що він не використовує в ч. 2 ст. 194 КК термін «злочин» і не вказує у цій нормі безпосередньо на «умисне знищення чи пошкодження майна» – подібно до того, як це, вочевидь, доречно зроблено в інших статтях КК України про відповідальність за злочини проти власності (зокрема, у ст.ст. 185, 186, 187, 189, 190 КК України). Як зазначає з цього приводу Н.О. Антонюк, таке некоректне висловлювання, вжите законодавцем, як «те саме діяння» у ч. 2 ст. 194 КК України можна було б замінити словосполученнями «той самий склад злочину» або «склад злочину, передбачений ч. 1 цієї статті» (див.: Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посібник. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 374). Однак на сьогодні маємо те, що маємо; *dura lex, sed lex*.

Аналогічна проблема виникає через використання словосполучення «ті самі дії, поєднані ...» у ч. 2 ст. 154 КК України. За змістом закону примушування жінки або чоловіка до вступу в статевий зв'язок природним чи неприродним способом, поєднане з погрозою знищенням, пошкодженням або вилученням майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або з погрозою розголошенням відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів, але вчинене особою, від якої потерпіла особа не є матеріально або службово залежною, не утворює складу злочину, передбаченого ст. 154 КК України. Зроблений висновок, який засвідчує наявність

¹ Висновок підготовлено спільно з Д.В. Каменським і Д.О. Калмиківим.

прогалини у регулюванні кримінальної відповідальності за посягання на статеву свободу особи, впливає з використання в ч. 2 ст. 154 КК словосполучення «ті самі дії, поєднані» як вказівки на кваліфікований склад злочину і порівняльного аналізу санкцій, закріплених у ч. 1 і ч. 2 ст. 154 КК, ґрунтується на ст. 63 Конституції України, яка велить: усі сумніви щодо доведеності вини особи, які неможливо усунути, повинні тлумачитись на її користь.

З'ясовану ваду у визначенні примушування до вступу в статевий зв'язок треба усувати не шляхом поширювального тлумачення КК, а знову ж шляхом внесення до нього відповідних змін. Якби неоднозначно витлумачене в літературі словосполучення «ті самі дії, поєднані...» було замінено зворотом «примушування жінки або чоловіка до вчинення статевого акту або іншої дії сексуального характеру, поєднане...», погроза шантажного або майнового змісту доречно відігравала б роль не кваліфікуючої ознаки відповідного злочину, а способу самостійного злочинного посягання на статеву свободу особи. Адже зрозуміло, що суспільна небезпека такого посягання на статеву свободу особи є не меншою, ніж посягання, вчиненого з використанням матеріальної чи службової залежності потерпілої особи (див.: Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 220–222).

М.І. Панов справедливо зазначає, що термін «діяння» вживається в КК України, теорії кримінального права і судовій практиці у двоякому значенні: 1) у ст. 11 КК України за допомогою цього терміна визначається поняття злочину, що охоплює всі ознаки, притаманні злочину, тобто вживається як синонім терміна «злочин»; 2) застосовується тільки для характеристики однієї з ознак об'єктивної сторони, тобто дії чи бездіяльності (див.: Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – С. 113). Проблема неоднозначного тлумачення словосполучення «те саме діяння», використаного у ч. 2 ст. 194 та інших нормах КК України, виникла саме через цей термінологічний дуалізм. При вирішенні позначеної проблеми слід відповісти на запитання, в якому із двох згаданих значень вживається термін «діяння» в межах тих частин статей Особливої частини КК України, що описують кваліфіковані склади злочинів. Переконані в тому, що для правильної відповіді на це запитання слід, перш за все, визначитись із тим, «де» та «навіщо» вживається розглядуване словосполучення в межах Особливої частини КК України.

Як відомо, словосполучення «те саме діяння» чи подібні до нього конструкції вживаються в багатьох частинах статей Особливої частини КК України, що описують кваліфіковані склади злочинів. Кваліфікуючі ж ознаки в теорії кримінального права визнаються як зазначені в законі характерні для частини злочинів відповідного виду істотні обставини, що відбивають типовий і значно змінений порівняно з основним складом злочину ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного, які впливають на законодавчу оцінку (кваліфікацію) вчиненого та міру відповідальності (див.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Издательство НОРМА, 1998. – С. 162–163). У сукупності всі кваліфікуючі ознаки КК України утворюють функціональний комплексний інститут кваліфікуючих ознак як один з основних засобів диференціації кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, в частинах перших переважної більшості статей Особливої частини КК України описується основний склад злочину та встановлюється кримінальна відповідальність за той чи інший злочин взагалі, а в наступних частинах цих статей знаходить своє втілення інститут кваліфікуючих ознак, за допомогою якого законодавець «виділяє» з переліку тих діянь, що підпадають під ознаки основного складу злочину, ті його прояви, що характеризуються значно підвищеним рівнем типової суспільної небезпеки. Таке виділення відбувається шляхом «додавання» кваліфікуючих ознак до ознак основного складу злочину.

Із цього випливає, що кваліфіковані склади злочину містять у собі всі без винятку ознаки основного складу злочину та одну (або кілька) кваліфікуючих ознак. Порушення цього правила означатиме неправильне розуміння змісту кримінального закону, здатне поставити під сумнів усю систему кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності.

Для кращого усвідомлення викладеної тези наведемо кілька, на наш погляд, показових прикладів. Так, якщо розуміти словосполучення «те саме діяння» лише як ознаку об'єктивної сторони відповідного складу злочину, то за ч. 2 ст. 181 КК України слід буде кваліфікувати організацію або керівництво групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів, поєднану із втягуванням в діяльність групи неповнолітніх, незалежно від того чи заподіяло таке діяння шкоду здоров'ю людей. А ч. 2 ст. 192 КК України взагалі не матиме змісту, адже зазначена стаття взагалі описує діяння через наслідки і не наводить ознак самого діяння. І найбільш красномовні приклади: ст. 212 і ст. 212-1 КК України передбачають відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів та соціальних внесків, якщо це призвело до фактичного ненадходження до бюджетів, державних цільових фондів чи страхових фондів коштів у значних розмірах. Наразі йдеться про шкоду від такого ухилення у розмірі 608000 грн. Саме ця ознака є криміноутворюючою. Якщо ж розглядати слово «діяння», що вживається у частинах 2 і 3 статей

212 та 212-1 КК України, лише як ознаку об'єктивної сторони відповідного складу злочину, то, наприклад, ухилення від сплати однієї копійки чи іншої символічної суми, але вчинене за попередньою змовою групою осіб чи особою, раніше судимою за відповідний злочин, доведеться кваліфікувати за ч. 2 або ч. 3 ст. 212 чи ст. 212-1 КК України. Але ж це ж нонсенс.

Питання, подібне до поставленого перед членами НКР ВССУ, виникає і в РФ – через вживання у ч. 2 ст. 167 КК цієї країни, яка передбачає відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна, звороту «ті ж діяння». О.І. Бойцов – автор однієї з найбільш фундаментальних на теренах СНД монографічних робіт, присвячених кримінально-правовій характеристиці злочинів проти власності, вирішуючи цю проблему, пише, що у кваліфікованому складі умисного знищення або пошкодження майна мають бути присутні всі ознаки основного складу злочину, включаючи заподіяння значної шкоди. У зв'язку з цим вчений ставить під сумнів правильність роз'яснення, сформульованого свого часу Пленумом Верховного Суду СРСР, згідно з яким кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна, вчинене шляхом підпалу, настає незалежно від того, чи була заподіяна шкода значною (див.: Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 764).

Наостанок хотілося б відзначити, що в чинному КК України слово «діяння» вживається понад 200 разів, і в жодному з них воно не вживається для характеристики однієї з ознак об'єктивної сторони, тобто дії чи бездіяльності. В усіх випадках, як свідчить аналіз норм Особливої частини КК України, за допомогою цього терміна визначається поняття злочину, що охоплює всі ознаки, притаманні певному злочину, тобто цей термін вживається як синонім терміна «злочин». Розуміння ж терміна «діяння» як характеристики однієї з ознак об'єктивної сторони, тобто дії чи бездіяльності, є суто доктринальним і використовується для більш зручного аналізу об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину.

Як бачимо, словосполучення «те саме діяння» у контексті кваліфікації вчиненого за ст. 194 КК України потребує не буквального, а системного тлумачення. З урахуванням викладеного вважаємо, що обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК, є наявність суспільно небезпечних наслідків у виді заподіяння шкоди у великих розмірах. Тобто для того, щоб констатувати наявність кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 194 КК України, треба спочатку встановити наявність у діянні особи основного складу умисного знищення чи пошкодження майна.

На користь зробленого висновку вказує і конституційний імператив «усі сумніви – на користь обвинуваченого», який підлягає врахуванню при вирішенні питань матеріального права у випадку неоднозначності положень кримінального закону, як це і має місце у розглянутій ситуації.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО СЕЙТБЕЛЯЛА СЕЙДАМЕТОВА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 1 СТ. 204 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.Ф. ШКОЛЯРОВА ВІД 6 ЧЕРВНЯ 2013 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

1. Із заяви С. Сейдаметова про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 27 грудня 2013 року випливає, що ця особа вважає кримінальну справу з обвинувачення її у скоєнні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України, схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь з низкою інших справ, розглянутих касаційними інстанціями. На думку засудженого, суд, на відміну від постановлених у зазначених справах рішень, дав помилкову кваліфікацію його дій за ст. 204 КК України в той час, як мав би кваліфікувати їх за ст. 203 КК України.

Ознайомлення з ухвалою дає підстави сформулювати два питання, відповіді на які вимагаються від членів НКР. По-перше, чи містять надані для ознайомлення судові рішення неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень? По-друге, чи є вино, виготовлене С. Сейдаметовим, алкогольним напоєм (підакцизним товаром) і предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України?

Відповідаючи на перше питання, слід зазначити, що діяння, про які йдеться в наданих для порівняння рішеннях судів, можна вважати подібними до того, яке вчинив С. Сейдаметов, за ознакою схожості предметів злочинів.

Щодо другого питання, то вивчення диспозиції ч. 1 ст. 204 КК України дозволяє стверджувати, що предметом цього злочину є незаконно виготовлений підакцизний товар. Наведений у ст. 215 Податкового кодексу України перелік підакцизних товарів включає в себе, крім всього іншого, алкогольні напої. Згідно з результатами експертного дослідження, проведеного у кримінальній справі щодо С. Сейдаметова, вилучений у нього напій відноситься до категорії алкогольних (вино). Однак чи є підстави вважати цей напій предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України?

Порядок виробництва та обігу алкогольних напоїв регулюється низкою нормативних актів, серед яких чільне місце займає Закон України від 19 грудня 1995 року із змінами «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів». У Преамбулі цього Закону зазначається, що до сфери його регулювання не відноситься виробництво вин виноградних і плодово-ягідних, наливки і настоянок, виготовлених громадянами в домашніх умовах для власного споживання.

З огляду на матеріали справи, можна стверджувати, що засуджений у домашніх умовах займався виготовленням виноградного вина. Разом з тим метою такого виготовлення було не тільки власне споживання вина, а і його збут. Зі сказаного випливає, що С. Сейдаметов збував, зберігав і транспортував алкогольний напій, який був виготовлений незаконно (хоч і в домашніх умовах, але не для власного споживання).

Разом з тим оскільки вина, виготовлені в домашніх умовах, не належать до підакцизних товарів, тобто до тих, до ціни яких згідно з чинним законодавством включається акцизний податок і до тих, яким присвоєно певний код УКТ ЗЕД (у цьому сенсі положення Податкового кодексу України щодо віднесення до підакцизних товарів будь-яких алкогольних напоїв мають підлягати обмежувальному тлумаченню), вважати виготовлений засудженим алкогольний напій предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України, не слід.

Певним підтвердженням сказаному може слугувати Проект Закону про внесення змін до статті 204 Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту міцних спиртних напоїв домашнього вироблення), поданий на розгляд Верховної Ради України 28 березня 2013 року. У пояснювальній записці до цього законопроекту зазначається таке. «Відповідно до статті 204 Кримінального кодексу України об'єктивну сторону злочину складає незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів. Судова практика виходить з того, що міцні спиртні напої домашнього вироблення не відносяться до алкогольних напоїв, оскільки операції з їх виготовлення не є об'єктами справляння акцизного збору». Як висновок, пропонується криміналізувати діяння з виготовлення, збуту, транспортування або зберігання з метою збуту міцні спиртні напої домашнього вироблення.

Видається, що подібна ситуація має місце і стосовно вин домашнього вироблення.

Фахівці по-різному підходять до визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України. На наш погляд, основним безпосереднім об'єктом розглядуваного злочину є система оподатку-

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

вання в частині встановленого порядку виробництва та обігу підакцизних товарів, а додатковим – засади добросовісної конкуренції (див.: Кримінальне право. Особлива частина : підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1 – Луганськ : Видавництво «Елтон – 2», 2012. – С. 486). Оскільки виробництва та обігу підакцизного товару в аналізованій ситуації не відбувалось, можна зробити висновок про відсутність цього елемента, який є обов'язковим для будь-якого складу злочину.

Ще одним аргументом на користь відсутності предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України, може слугувати відсутність належного маркування продукції, яку виготовляв засуджений. Саме завдяки такому маркуванню (атрибутиці) будь-який алкогольний напій стає впізнаваним як підакцизний товар. Як відомо, С. Сейдаметов не маркував вино таким чином, щоб воно отримало вигляд підакцизного товару, що, до речі, може свідчити про відсутність у засудженого умислу на збут вина саме як підакцизного товару. На користь висновку про те, що засуджений не намагався видати вироблене ним у домашніх умовах вино за підакцизний товар, свідчить і та обставина, що алкогольний напій був розлитий ним у неналежну тару. С. Сейдаметов не збував своє вино під виглядом легально виготовленого підакцизного товару.

Отже, відповідь на друге питання можна сформулювати таким чином: вино, виготовлене С. Сейдаметовим, є підстави вважати алкогольним напоєм, але водночас це вино не належить до категорії підакцизних товарів. Відповідно, у розглядуваній ситуації відсутній предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК України.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО О.В. ШИПУЛІНА (ПРО ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 263 КК УКРАЇНИ ПРИ ВЧИНЕННІ КІЛЬКОХ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДІЙ)¹

Підставою для проведення аналізу є ухвала Верховного Суду України від 29 квітня 2011 року, в якій йдеться про неоднакове застосування положень ст. 263 КК України при розгляді справ, пов'язаних із вчиненням кількох дій, перелічених як альтернативні у диспозиції цієї статті. У справі стосовно О.В. Шипуліна, засудженого вироком Ленінського районного суду м. Донецька від 23 квітня 2010 року, суд касаційної інстанції визнав кваліфікацію дій винного за ч. 1 ст. 263 та ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК України правильною. Рішення мотивоване тим, що диспозицією ст. 263 КК України передбачено різні за своїм змістом діяння – носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача та збут бойових припасів, кожне з яких утворює окремий склад злочину. Із матеріалів справи вбачається, що О.В. Шипулін придбав бойові припаси, приніс їх додому і залишив там на зберігання, а наступного дня намагався збути, однак не довів злочинний намір до кінця, оскільки був затриманий працівниками міліції. Отже, дії засудженого, на думку Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ), пов'язані з придбанням та зберіганням бойових припасів, є елементами одного закінченого складу злочину, а дії, спрямовані на їх збут, що не були доведені до кінця з незалежних від волі винного причин, становлять собою замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 263 КК України.

У той же час в аналогічній справі стосовно Б.З. Горovenка, засудженого вироком Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 13 лютого 2007 року за ч. 1 ст. 263 та ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК України, судом касаційної інстанції вирок було змінено і кваліфікацію дій винного за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК України виключено як зайву. Таке рішення суду мотивоване тим, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 263 КК України, вважається закінченим з моменту виготовлення предмета, який може бути використаний як зброя, боєприпаси або вибуховий пристрій; дії із збуту охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 263 КК України і додаткової кваліфікації як замах на злочин не потребують.

У науковій літературі злочин, передбачений ст. 263 КК України, обґрунтовано відноситься до так званих злочинів з альтернативними діяннями. При цьому в теорії кримінального права усталеним і загальновизнаним є підхід, згідно з яким злочин з альтернативними діяннями – це різновид ускладненого (складного) одиничного злочину, відмінного від множинності злочинів (див.: наприклад: Бажанов М. И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. – Харьков: Право, 2000. – С. 12; Гулиева Н.Б. Составные преступления в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Кемерово, 2006. – С. 22–23; Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: монографія / за заг. ред. проф. Тютюгіна В.І. – Харків: Фінн, 2008. – С. 27–30; Енциклопедія уголовного права. Т. 3. Понятие преступления. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2005. – С. 306–307; Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник / За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 280; Кримінальне право. Загальна частина: підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 615; Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Издательский Дом «Городец», 2007. – С. 299–303; Навроцький В.О. Основы кримінально-правової кваліфікації. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 218; Малков В.П. Совокупность преступлений (Вопросы квалификации и назначения наказания). – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1974. – С. 110–113; Пудовочкин Ю.Е. Учение о преступлении: избранные лекции. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 110; Щепельков В. Квалификация преступлений с альтернативными составами // Российская юстиция. – 2001. – № 1. – С. 71).

Елементами множинності злочинів (у тому числі їх сукупності) мають бути діяння, які становлять собою самостійні склади злочинів і підлягають самостійній кримінально-правовій оцінці. Альтернативні ж діяння, з огляду на позицію законодавця, втрачають своє самостійне значення і є лише складовими відповідного одиничного злочину. Це пояснюється тим, що в реальній дійсності окремі злочинні дії, наприклад, щодо зброї зустрічаються рідко; частіше вони знаходяться у взаємозв'язку, продовжують та доповнюють одна іншу. Придбання зброї, як правило, супроводжується наступним її зберіганням або носінням. Збут предмета однією особою передбачає його придбання іншою особою тощо (див.: Григорян Т.Л. Противодействие незаконному обороту оружия: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2006. – С. 59; Кац Е. А. Уголовная ответственность за незаконные приобретение, передачу, сбыт, хранение, перевозку или ношение оружия, его составных частей, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств: дис. ... канд. юрид. – Красноярск, 2005. – С. 128; Рустамбаев М.Х. Законодательство Узбекской ССР об ответственности за незаконное владение и применение оружия. – Нукус: Каракалпакстан, 1991. – С. 42–54; Торопыгин О. Ю. Уголовная ответственность за незаконное изготовление, приобретение, сбыт или ношение газового,

¹ Висновок підготовлено спільно з А.О. Данилевським.

холодного зброї: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 59). Альтернативність у випадку зі ст. 263 КК України передбачена законодавцем для того, щоб притягати до відповідальності осіб, які вчиняють хоча б одне діяння відносно зброї, а також для випадків, коли різні діяння щодо одного предмета вчиняються різними суб'єктами і для полегшення розуміння змісту кримінально-правової норми шляхом перерахування найбільш типових способів вчинення розглядуваного злочину.

Таким чином, якщо винний послідовно вчиняє кілька дій, перерахованих у диспозиції ст. 263 КК України стосовно одного предмета, його дії містять склад одного закінченого злочину і не утворюють множинності. Як правильно зазначив у своїй заяві про перегляд Верховним Судом України ухвали колегії суддів Судової палати ВССУ від 13 січня 2011 року стосовно Шипуліна О.В. заступник Генерального прокурора України Ю. Ударцов, якщо виходити з позиції, згідно з якою кожне діяння, передбачене у диспозиції ст. 263 КК України, утворює самостійний склад злочину, то не зрозуміло, чому суд касаційної інстанції визнав дії О.В. Шипуліна, пов'язані із придбанням та зберіганням бойових припасів, елементами одного складу злочину; слід було б інкримінувати ч. 1 ст. 263 КК України окремо по кожному з перерахованих діянь.

За загальним правилом, послідовне вчинення особою діянь, альтернативно вказаних у тій чи іншій кримінально-правовій забороні (наприклад, ст. ст. 199, 263, 307 КК), не утворює повторності як форми множинності злочинів. Разом з тим якщо діяння вчинені стосовно різних предметів, вчинене є підстави розцінювати як повторність злочинів. Із законодавчого визначення повторності злочинів (ст. 32 КК) випливає, що цю форму множинності злочинів можуть утворювати злочини, передбачені однією і тією самою статтею (частиною статті) Особливої частини КК. Наприклад, про повторність, яка, щоправда, не впливає на кваліфікацію, варто вести мову у тому разі, коли винний зберігав вибухові речовини, а потім виготовив з них вибуховий пристрій. У такому випадку кожен дію необхідно кваліфікувати окремо за ч. 1 ст. 263 КК України, оскільки вони вчинені стосовно різних предметів, що свідчить про існування двох самостійних складів злочинів. Водночас кримінально-правова оцінка послідовного вчинення діянь, альтернативно вказаних у кримінально-правовій нормі (зокрема, у ст. 263 КК), як сукупності злочинів виключається, адже згідно з ч. 1 ст. 33 КК сукупність злочинів як форму множинності можуть утворювати два або більше злочини, які передбачені різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини КК.

Злочин із формальним складом, об'єктивна сторона якого включає в себе кілька альтернативних діянь, вважається закінченим з моменту повного виконання хоча б одного діяння. Звідси випливає, що вчинення хоча б одного з альтернативних діянь у повному обсязі виключає кримінально-правову оцінку як замаху на злочин іншого з таких діянь, виконаного лише частково. З цього приводу Т.М. Данилюк, яка присвятила дисертаційне дослідження визначенню моменту закінчення злочину, слушно зазначає, що нормативним моментом закінчення злочину з кількома альтернативними діяннями слід вважати час вчинення першого діяння, а фактичним – час вчинення останнього з таких діянь. «І навіть, якщо друге чи наступне діяння не було завершено з причин, що не залежать від волі винного, діяння слід кваліфікувати як закінчений злочин» (див.: Данилюк Т.М. Теоретико-прикладні проблеми встановлення моменту закінчення злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – С. 12). Вчинення особою не одного, а кількох діянь (у тому числі незакінчених), альтернативно вказаних у певній кримінально-правовій забороні, підлягає врахуванню у межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Наведений теоретичний підхід сприймається і судовою практикою. Так, в абз. 11 п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» роз'яснюється, що злочини, передбачені ст. ст. 307, 309, 311 КК (йдеться про незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, пересилання, перевезення чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів), визнаються закінченими з моменту вчинення однієї із зазначених у диспозиціях цих статей альтернативних дій. Якщо винна особа вчинила одну або кілька із зазначених дій, але не встигла вчинити іншу дію з тих, які охоплювались її умислом, вчинене слід розглядати як закінчений злочин, а незавершена дія окремої кваліфікації як готування до злочину чи як замах на злочин не потребує.

Таким чином, інкримінування О.В. Шипуліну, крім ч. 1 ст. 263 КК, ще і ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК України означає штучне створення сукупності злочинів там, де вона відсутня. Підхід, який обстоюється ВССУ, видається нелогічним і з точки зору призначення покарання. Виходить, якщо особа вчинила кілька закінчених діянь, альтернативно вказаних у статті КК, застосовується лише одна ця стаття, і покарання призначається у межах відповідної санкції; якщо ж одне з цих діянь було незакінченим, тобто вчинене, вочевидь, є менш суспільно небезпечним, кваліфікація нібито має здійснюватись за сукупністю злочинів, а це згідно зі ст. 70 КК тягне за собою більш суворе покарання.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО І.В. КОНОНЕНКА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 2 СТ. 286 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Є.І. КОВТЮК ВІД 21 ТРАВНЯ 2013 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

Згідно із заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 17 січня 2013 року І.В. Кононенко, засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК України, був безпідставно виправданий за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 135 КК України. На думку заявника, справа з обвинувачення І.В. Кононенка є схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справою щодо С.О. Терещука, розглянутою касаційною інстанцією 7 лютого 2013 року, у якій суд прийняв протилежне рішення, по-іншому застосувавши кримінальний закон.

Вивчення рішень Ковпаківського районного суду м. Суми від 1 червня 2012 року та Апеляційного суду Сумської області від 28 серпня 2012 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 17 січня 2013 року, дало змогу констатувати, що Кононенко І.В., керуючи легковим автомобілем в районі Центрального ринку м. Суми, у результаті порушення Правил дорожнього руху здійснив наїзд на пішохода Каліман А.М., яка від отриманих тілесних ушкоджень померла. Після наїзду на пішохода Кононенко І.В. не зупинив свій транспортний засіб і зник з місця пригоди.

Для розв'язання питання, порушеного в заяві про перегляд судового рішення, щодо необхідності кваліфікації дій засудженого за ч. 1 ст. 135 КК України за ознаками завідомого залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані та позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження внаслідок безпорадного стану, якщо винний сам поставив потерпілого у небезпечний для життя стан, перш за все потребує з'ясування юридичний момент закінчення цього злочину. Ми поділяємо пануючу у доктрині кримінального права точку зору, згідно з якою склад злочину «залишення в небезпеці» за своєю законодавчою конструкцією є формальним; розглядуваний злочин вважається закінченим з моменту ухилення від надання допомоги особі, котра перебуває в небезпечному для життя стані, незалежно від того, наскільки ефективною могла бути така допомога. Для визнання злочину закінченим не має значення, що хтось інший надав допомогу залишеному у небезпеці (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 337–338; Кримінальне право. Особлива частина: підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1 – Луганськ: Видавництво «Елтон – 2», 2012. – С. 127; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2. – С. 87).

Відповідно до встановлених усіма судовими інстанціями обставин справи Кононенко І.В. після наїзду на пішохода, порушивши вимоги п. 2.10 Правил дорожнього руху України, не зупинив свій транспортний засіб, не вжив можливих заходів для надання першої медичної допомоги потерпілій, не викликав карету швидкої медичної допомоги. З цього випливає, що засуджений, здійснивши наїзд на потерпілу, відразу вирішив залишити її без допомоги і зник з місця злочину, фактично ухилившись у такий спосіб від надання допомоги.

З огляду на сказане, слід критично поставитися до доводів суду стосовно відсутності у винного умислу на залишення потерпілої в небезпеці. Так, судді ВССУ в ухвалі від 17 січня 2013 року в обґрунтування зазначеної думки посилаються на те, що Кононенко І.В. за кілька хвилин повернувся на місце події, зрозумівши, що своїми діями міг завдати шкоду здоров'ю потерпілій, а також на той факт, що злочин був учинений в людному місці в денний час. Констатується, що засуджений, повернувшись на місце пригоди, від людей дізнався, що потерпіла була на той момент ще жива. Для нас безспірним є той факт, що Кононенко І.В. міг і зобов'язаний був зупинитися та зробити все від нього залежне для надання допомоги потерпілому пішоходу.

Щодо умислу на вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 135 КК України, то такий, на наше переконання, у поведінці Кононенка І.В. вбачається. Адже винний усвідомлював, що збитий ним пішохід опинився в небезпечному для життя стані, а також що він зобов'язаний і має можливість надати йому допомогу, але цього не зробив. Такі обставини, як повернення на місце ДТП, допомога, надана потерпілому іншими особами, тощо, на кваліфікацію не впливають і можуть розглядатись лише в контексті індивідуалізації покарання.

Таким чином, порівняння суспільно небезпечних діянь, про які йдеться в наданих для розгляду матеріалах судових рішень, дозволяє констатувати їх подібність із неправильним застосуванням кримінального закону щодо Кононенка І.В., діяння якого (крім складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК) містить ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 135 КК України.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

ВИСНОВОК ЩОДО НАЯВНОСТІ В ДІЯХ М.М. ПЕЛЕВІНА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА СТ. 198 КК УКРАЇНИ 1960 Р., ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «САМОУПРАВСТВО»

Ознайомлення з наданими матеріалами у кримінальній справі щодо М.М. Пелевіна дозволяє висловити такі міркування:

1. Висновок Залізничного районного суду м. Львова, судової колегії палати в кримінальних справах Апеляційного суду Львівської області і колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України про наявність в діях Пелевіна істотної шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони злочинного самоуправства видається сумнівним або принаймні таким, що не знайшов належного обґрунтування.

Істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, яка фігурувала у ст. 198 попереднього КК України, – поняття оціночне, наявність якого визначалась з урахуванням конкретних обставин кримінальної справи. Звідси випливає, що при кваліфікації дій особи за цією кримінально-правовою нормою суд повинен оцінити ступінь шкоди, заподіяної злочинною дією, і навести докази її істотності у конкретній ситуації. У протилежному випадку, як слушно зазначається в юридичній літературі (див.: Теофілактів А.С. Уголовно-правовая квалификация самоуправных действий: проблемы теории и практики // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 435; Витман Е.В. Самоуправство: проблемы квалификации: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2006. – С. 67–68; Сурков И.К. Самоуправство (уголовно-правовые и криминологические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. – Тольятти, 2006. – С. 60–61), засудження за кримінально каране самоуправство буде безпідставним. Конкретизація істотної шкоди як оціночної ознаки обов'язково мала передбачати обґрунтування здійсненої судом конкретизації.

При цьому у наданих для аналізу процесуальних документах щодо засудження Пелевіна за самоуправство не пояснено і не аргументовано, чому один випадок позбавлення Маркарян доступу до *горища житлового будинка* (а не до *житла*, як це вказано у вирокі районного суду) не просто зашкодив його правам (за умови, звичайно, що Маркарян мав право доступу до цього приміщення), а спричинив саме *істотну* шкоду, як цього вимагав кримінальний закон. Між тим, ознайомлення з літературою та опублікованою судовою практикою показує, що, коли йдеться про порушення житлових прав як різновид істотної (наразі – значної) нематеріальної шкоди при самоуправстві, то традиційно вказується на більш серйозну, ніж в аналізованій ситуації, шкоду (наприклад, самовільне зайняття кімнати, що звільнилась, в комунальній квартирі, позбавлення права користуватись квартирою). Самоуправство ж, яке не заподіяло істотної (значної) шкоди, злочином не визнається і має тягнути адміністративну відповідальність (ст. 186 КпАП).

Заподіяння легких тілесних ушкоджень без короточасного розладу здоров'я не може розглядатись як показник істотної шкоди – об'єктивної ознаки самоуправства через те, що ці суспільно небезпечні наслідки охоплюються інкримінованою Пелевіну ч. 2 ст. 106 КК 1960 р.

2. Із процесуальних документів щодо засудження Пелевіна за самоуправство випливає, що вітчизняні суди зосередили свою увагу на встановленні у діях цього правопорушника ознак об'єктивної сторони кримінально караного самоуправства (насправді лише злочинної дії) і, на жаль, не звернули належної уваги на з'ясування ознак суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 198 КК 1960 р. Слід погодитись з тим, що після отримання в канцелярії обласного суду листа про зупинення виконання рішення районного суду щодо спірних коридору і горища Пелевін не мав права діяти самовільно – так, як він вважав за потрібне (змінювати замок на дверях, що вели на горище, перешкоджати доступу туди Маркарянца), фактично підмінюючи відповідні державні органи, уповноважені виконувати судові рішення. Тобто з точки зору об'єктивної сторони Пелевін діяв самовільно – всупереч встановленому законом порядку, за що статтею 198 КК 1960 р. і була передбачена кримінальна відповідальність. Однак цього для інкримінування зазначеної кримінально-правової заборони, вочевидь, недостатньо.

В юридичній літературі (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. – К.: Юрінком, 1997. – С. 720; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1022; Сурков И.К. Вказана праця. – С. 86) традиційно визнається, що сумніна (добросовісна) помилка особи щодо належності їй права, яке вона реалізує всупереч встановленому законом порядку, кримінальну відповідальність за самоуправство як умисний злочин виключає. Відомо, що тлумачення поняття «сумлінний» передбачає наявність конкретних поважних причин, які ввели правопорушника в оману. Видається, що такою поважною причиною, яка ставить під сумнів усвідомлення засудженим самовільності вчинених ним дій, є підстави визнати отримання Пелевіним листа голови обласного суду про зупинення виконання рішення районного суду (як випливає з наданих матеріалів, це рішення згодом взагалі

було скасоване). Тим більше сказане стосується положень, наведених у заяві Пелевіна до Верховного Суду України про перегляд судового рішення, про те, що право доступу на горище мають лише працівники житлово-комунальної організації, яка обслуговує будинок, а не його мешканці.

Узагальнюючи викладене вище, вважаю, що в діях М.М. Пелевіна відсутній склад злочину, передбаченого ст. 198 КК України 1960 р. «Самоуправство».

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО В.М. ЄРШОВОЇ-ДАВИДЕНКО, ЗАСУДЖЕНОЇ ЗА СТ. 356 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ ВСУ ВІД 16 ГРУДНЯ 2011 Р.

Ознайомлення з наданими матеріалами у кримінальній справі щодо В.М. Єршової-Давиденко дозволяє висловити такі міркування:

1. Із заяви про перегляд ухвали Верховного Суду України від 14 червня 2011 року випливає, що засуджена Єршова-Давиденко В.М. вважає справу з обвинувачення її у вчиненні злочину, передбаченого ст. 356 КК України, схожою за фактичними обставинами зі справою щодо Щепакової Т.В., котрій так само інкримінувалося скоєння самоправства (ст. 356 КК України), однак яка була виправдана за рішенням суду. Виправдовуючи Щепакову Т.В., суд визнав, що у її діях відсутній склад злочину, передбаченого ст. 356 КК України, через відсутність заподіяння шкоди, що є обов'язковою ознакою самоправства як злочину. За обставинами справи Щепакова Т.В. не заподіювала будь-якої шкоди інтересам потерпілого.

Вивчення рішення Дарницького районного суду м. Києва від 26 квітня 2010 року, законність і обґрунтованість якого згодом було підтверджено вищими судовими інстанціями, дало змогу встановити наявність інших (порівняно з наведеними вище) фактичних обставин справи. Так, судом доведено, що в результаті дій Єршової-Давиденко В.М. інтересам громадянина Щербаня В.І. заподіяно значну шкоду, яка полягала у перешкодженні потерпілому займатися підприємницькою діяльністю в орендованому приміщенні, незаконному позбавленні його права власності на книгу обліку доходів і витрат фізичної особи-підприємця Щербаня В.І., рахунків-фактур та накладних на придбаний товар, розписки про сплату орендної плати та майна на загальну суму 11417,62 грн., позбавленні права користування майном та права оренди окремого обладнання, а також у моральних стражданнях. Після ознайомлення із наданими матеріалами постає, звичайно, питання, наскільки достовірними та повними у свій сукупності є докази, які підтверджують наявність зазначеної шкоди. Однак це питання знаходиться поза межами компетенції членів НКР.

Таким чином, виникають сумніви щодо подібності розглядуваних суспільно небезпечних діянь і, відповідно, неоднаковості застосування судами касаційної інстанції норм кримінального закону. Адже в справі Щепакової Т.В. встановлено відсутність такої обов'язкової ознаки злочинного самоправства, як значна шкода інтересам громадянина, а в справі Єршової-Давиденко В.М. ця ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 356 КК, знайшла відображення та певне доказове підтвердження.

2. Разом з тим можемо констатувати, що висновок Дарницького районного суду м. Києва, судової колегії палати в кримінальних справах Апеляційного суду м. Києва і колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України про наявність в діях Єршової-Давиденко В.М. значної шкоди як обов'язкової ознаки злочинного самоправства не знайшов належного обґрунтування.

Значна шкода інтересам громадян, державним або громадським інтересам або інтересам власника – поняття оціночне, наявність якого має визначатися з урахуванням конкретних обставин кримінальної справи. Звідси випливає, що при кваліфікації дій особи за ст. 356 КК України суд повинен оцінити ступінь шкоди, заподіяної злочинною дією, і навести докази її значущості у конкретній ситуації. У протилежному випадку засудження за кримінально каране самоправство буде безпідставним. Інкримінування значної шкоди як оціночної ознаки обов'язково мала передбачати обґрунтування здійсненої судом конкретизації.

При цьому в наданих для аналізу процесуальних документах щодо засудження Єршової-Давиденко В.М. за самоправство чітко не пояснено і не аргументовано, чому описані у вироках суду наслідки самоуправних дій засудженої спричинили потерпілому Щербаню В.І. саме значну шкоду, як цього вимагає ст. 356 КК України.

ВІДПОВІДІ ДЛЯ ВССУ НА ПИТАННЯ СТОСОВНО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ОСІБ (ЕКСПЕРТА, НОТАРІУСА, ЛІКАРЯ, ВИКЛАДАЧА)¹

1. Чи був експерт, нотаріус, лікар та викладач навчального закладу службовою особою – суб'єктом злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України, у редакції, що діяла до набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон від 7 квітня 2011 р.)? Чи є вказані особи суб'єктами злочинів, передбачених Розділом XVII Особливої частини КК України, після набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р.?

І в практичній діяльності, і в науковій літературі з питання про визнання експерта, нотаріуса, лікаря і викладача службовими особами точилися тривалі дискусії, які так і не знайшли свого однозначного вирішення. Так, стосовно експерта слід зазначити, що окремі науковці визнавали його службовою особою – у певних ситуаціях або завжди. Наприклад, О.Я. Светлов розглядав судово-медичного експерта як службову особу на тій підставі, що його діяльність тісно пов'язана з відправленням правосуддя. Адже експерт не лікує, а констатує ті чи інші факти, які мають важливе значення для правосуддя (причина смерті, тяжкість тілесного ушкодження тощо). Від його висновків нерідко залежить доля кримінальної справи (див.: Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – С. 119). Таку ж позицію займав В.О. Глушков, який визнавав правильною практику засудження судово-медичних експертів, зокрема, за одержання хабара (див.: Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения: монография. – К.: Гол. изд-во издательского объединения «Вища школа», 1987. – С. 57–61). Ш.Г. Папіашвілі писав, що правовий статус експерта, який працює в державному експертному управлінні, відрізняється від статусу експерта, який працює поза межами такого управління. Службовою особою пропонувалось визнавати лише того експерта, який працює в державному експертному управлінні (див.: Папиашвили Ш. Спорные вопросы взятничества // Социалистическая законность. – 1968. – № 11. – С. 42–45).

До викладення розділу XVII Особливої частини КК України у новій редакції на підставі Закону від 7 квітня 2011 р. така позиція не відповідала кримінальному закону, оскільки останній не пов'язував визнання особи службовою з роботою на підприємстві, в установі чи організації лише державної форми власності.

Найбільш повно і переконливо у вітчизняній кримінально-правовій літературі обґрунтував положення про неможливість визнання експертів службовими особами В.О. Навроцький. Його основні аргументи можна звести до наступного. По-перше, сам по собі зв'язок особи із відправленням правосуддя не може слугувати підставою для визнання особи службовою. Ніхто ж, наприклад, не розцінює як службових осіб свідків, позивачів, відповідачів тощо. Взагалі важливість функцій того чи іншого працівника, його значення у певній сфері суспільного життя не можуть виступати достатньою підставою для визнання цього працівника службовою особою поза зв'язком із законодавчим визначенням поняття службової особи. По-друге, аналіз законодавства, що регламентує діяльність експертів, свідчить про те, що вони при проведенні експертизи та видачі висновків не здійснюють функцій представників влади та не виконують організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, а реалізують винятково професійні (не управлінські) функції. По-третє, об'єкт злочинів у сфері службової діяльності внаслідок вчинення експертами протиправних діянь не порушується, оскільки порушення, допущені експертом як носієм спеціальних знань, дискредитують лише його самого, а не ті чи інші організації, в яких експерт може працювати. По-четверте, у розглядуваному випадку (через зумовлену необов'язковістю висновку експерта відсутність причинного зв'язку між допущеними експертами порушеннями і суспільно небезпечними наслідками) відсутня об'єктивна сторона службового злочину. По-п'яте, висновок про невизнання експерта службовою особою впливає із зіставлення кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво і завідомо неправдиві показання та підкуп експерта як злочини проти правосуддя (див.: Навроцький В.О. Чи є експерт службовою особою? // Життя і право. – Пробний номер. – С. 19–21). Свою позицію В.О. Навроцький обстоює послідовно (див., наприклад: Об ответственности медицинских работников // Социалистическая законность. – 1988. – № 1. – С. 57).

Щодо лікаря та викладача навчального закладу слід зазначити, що традиційно у кримінальному праві не визнавались службовими особами ті працівники, які виконують суто виробничі, професійні функції (наприклад, лікар ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію; педагог навчає і виховує, передає знання і контролює їх засвоєння).

Водночас слід звернути увагу на те, що в судовій практиці колишнього СРСР, а так само України за вчинення службових злочинів до кримінальної відповідальності притягувались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю і включає в себе виконання не лише виключно професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру. Суб'єктом одержання хабара та інших службових злочинів визна-

¹ Відповіді підготовлено спільно з Г.М. Зеленовим.

вались, зокрема: лікарі – у разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій; вчителі та вихователі – за невиконання обов'язків по забезпеченню порядку та безпеки під час проведення позакласних заходів.

Викладена позиція знаходила чітке відображення у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 30 березня 1990 р. № 4 «Про судову практику у справах про зловживання владою чи службовим становищем, перевищення влади чи службових повноважень, халатність і службове підроблення». Фактично тут йшлося про окремий випадок виконання певними особами організаційно-розпорядчих обов'язків, не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками. Вважалося, що в подібних ситуаціях вказані особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків, тобто врешті-решт їх діяльність носить організаційно-розпорядчий характер, а, отже, вони набувають якості службової особи.

Показовою у цьому плані є позиція Б.В. Волженкіна. Вчений, зокрема, відзначав, що викладацькій діяльності, пов'язаній з контролем за знаннями студентів та учнів, притаманні деякі управлінсько-розпорядчі функції, а тому ця діяльність носить організаційно-розпорядчий характер: від результатів екзаменів залежить можливість вступу у навчальний заклад, право продовжити навчання, отримати стипендію, диплом про закінчення навчального закладу тощо (див.: Волженкин Б.В. Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. – СПб.: Изд-во р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 99).

Пленум Верховного Суду України чітко з розглядуваного питання кваліфікації не висловився. В абз. 6 п. 1 постанови Пленуму від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснювалось лише, що працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронник, тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами тільки за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Разом з тим у нашій доктрині (зокрема, маються на увазі праці П.П. Андрушка і Р.Л. Максимовича) ставала дедалі популярнішою точка зору (свого часу її відстоював, наприклад, Б.В. Здравомислов), згідно з якою при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. Стверджувалося, що саме з метою недопущення поширювального тлумачення ознак кримінально-правового поняття службової особи законодавець у КК України 2001 р., по-перше, розширив коло документів, які надають права або звільняють від обов'язків і які виступають предметом злочину, передбаченого ст. 358 КК, і, по-друге, передбачив у ст. 354 КК відповідальність за отримання шляхом вимагання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи, організації, який не є службовою особою (так званий хабар неслужбової особи).

В юридичній літературі висловлювались і інші аргументи на користь невизнання зазначених професіоналів службовими особами. Зазначалось, що допуск студента до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування з вузу тощо належить не до організаційно-розпорядчих повноважень викладача-екзаменатора, а до компетенції адміністрації вузу, а оформлення різноманітних документів (поряд із власне лікувальними діями) включається в професійну діяльність лікаря. Якщо акцентувати увагу саме на юридичних наслідках службової діяльності, то виходить, що викладач, який за незаконні винагороди не фіксує відсутність студентів, наприклад, на практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути нескладання іспиту і відрахування з вузу. Наголошувалося і на тому, що пацієнт та його роботодавець, студент чи абітурієнт не підлеглі по службі, відповідно, лікарю, який видає листок тимчасової непрацездатності, або викладачу, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у таких правовідносинах, не ґрунтується на законі. Зазначені функції пов'язані із розпорядництвом, але навряд чи з організацією (див.: Гук О. Суб'єкт службових злочинів // Радянське право. – 1986. – № 12. – С. 55-58; Егорова Н. Управленческие функции специального субъекта преступления (уголовный закон, теория, судебная практика) // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 48; Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – С. 191-209; Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – С. 105-107).

Однак всупереч викладеним аргументам, а також роз'ясненням, наведеним у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» (у т. ч. про те, які саме обов'язки мають розцінюватись як організаційно-розпорядчі), у правозастосовній практиці України до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. продовжували траплятись випадки засудження за вчинення службових злочинів

(і, зокрема, за одержання хабара) осіб, які не займають адміністративних посад в установах освіти та охорони здоров'я (ректор, декан, завідувач кафедри, головний лікар, завідувач відділення тощо), але професійна діяльність яких включає в себе оформлення та видачу різного роду документів.

Якщо виходити з того, що організаційно-розпорядчі – це обов'язки тільки по здійсненню керівництва галузю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях (а перше речення в абз. 3 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» не містить слів на кшталт «наприклад», «зокрема», «тощо»), то викладений вище підхід варто було розцінювати як вимушене застосування кримінального закону за аналогією, покликане усунути наявні в останньому прогалини. Адже зрозуміло, що наведене тлумачення організаційно-розпорядчих обов'язків як змістовної характеристики кримінально-правового поняття службової особи було викликане насамперед тим, що і освіта, і медицина належать до вельми корумпованих сфер життєдіяльності нашого суспільства.

На користь того, що у розглядуваній ситуації, вочевидь, мало місце поширювальне тлумачення кримінального закону, свідчить, зокрема, та обставина, що КК України не містив і не містить положення, подібного до п. 4 ст. 4 КК Республіки Білорусь. Відповідно до цієї норми службовими особами (поряд із тими, хто виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки) визнаються і ті особи, які у встановленому порядку уповноважені на вчинення юридично значущих дій.

На сьогодні нотаріуса та експерта, з огляду на пряму вказівку законодавця, віднесено до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. У зв'язку з цим вони, не визнаючись службовими особами, є суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» та ч.ч. 3–4 ст. 368-4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги».

Разом з тим невизначеність на законодавчому рівні з питання про кримінально-правовий статус лікаря та викладача залишається і після набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. Легальні визначення поняття службової особи (ч. 3 ст. 18, п. 1 примітки ст. 364 КК) містять вказівку на виконання організаційно-розпорядчих функцій, у зв'язку з чим продовжує поставати питання про визнання професіонала, уповноваженого на вчинення юридично значущих дій (крім того, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), службовою особою як суб'єктом, зокрема, одержання хабара (ст. 368 КК) або службовою особою юридичної особи приватного права як суб'єктом, зокрема, комерційного підкупу (ч. 3, ч. 4 ст. 368-3 КК).

Так, Є.Л. Стрельцов і В. Шевчук висловлюються за визнання науково-педагогічного працівника вищого навчального закладу службовою особою – суб'єктом одержання хабара (ст. 368 КК) у тих випадках, коли цей працівник, реалізуючи надане йому право на прийняття заліку, іспиту, курсової роботи, звіту про проходження практики чи проведення інших форм та видів заліково-організаційного контролю, здійснює діяння, які мають конкретні юридичні наслідки або породжують конкретні юридичні факти (переведення студента на наступний курс, отримання стипендії, переведення з контрактної форми навчання на бюджетну тощо). Зазначається, що у таких випадках науково-педагогічний працівник реалізує право розпоряджатись правами інших суб'єктів навчально-педагогічних відносин – осіб, які навчаються у вищому навчальному закладі, а тому виконує організаційно-розпорядчі функції, набуваючи ознак службової особи (див.: Стрельцов Є., Шевчук В. Корупція в освіті // Юридичний вісник України. – 3-9 березня 2012 р. – № 9). Як бачимо, аргументація є вельми традиційною.

Розглянемо питання про можливість віднесення лікаря та викладача до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Законодавець прямо не вказує на цих осіб (на відміну від нотаріуса та експерта) як на суб'єктів злочинів у ст. ст. 365-2 та 368-4 КК. Ні в КК, ні в регулятивному законодавстві не міститься визначення поняття «публічні послуги». Залишення переліку осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, відкритим і відсутність в КК України легальної дефініції поняття «публічні послуги» створюють значні складнощі при віднесенні тих чи інших осіб до тих, хто здійснює зазначену діяльність. Як слушно зазначає П.П. Андрушко, обов'язковим мало б бути доповнення ст. 365-2 КК приміткою, в якій би давались визначення понять «публічні послуги» та «особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», а також віднесення до суб'єктів цих злочинів осіб, які надають адміністративні послуги (див.: Андрушко П. До початку футбольного матчу залишалося півтори години... (Аналіз окремих норм (положень) проекту Закону «Про засади запобігання і протидії корупції») // Юридичний вісник України. – 7–13 травня 2011. – № 19). Очевидно, що така законодавча невизначеність має компенсуватись тлумаченням закону – судовим (у т. ч. здійснюваним Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ) і доктринальним.

Яким же чином у юридичній літературі пропонується визначати публічні послуги? На думку О.І. Григораша, слід виділяти такі ознаки публічних послуг: 1) вони забезпечують діяльність загальнозначущої спрямованості; 2) мають необмежене коло суб'єктів, що користуються ними; 3) здійснюються або органом державної й муніципальної влади, або іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності. Названий автор зазначає, що публічні послуги – це послуги, що надаються державними структурами та ор-

ганами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів. За ознаками суб'єкта управління, котрий надає публічні послуги, слід розрізняти такі види публічних послуг: 1) державні послуги – це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед, виконавчої) та державними підприємствами, установами й організаціями. До числа державних послуг відносяться також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень за рахунок коштів державного бюджету; 2) муніципальні (комунальні) послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, установами й організаціями за рахунок коштів місцевих бюджетів; 3) управлінські послуги – це розпорядча діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їх прав, свобод та законних інтересів; 4) адміністративні послуги, які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх, заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо). Суб'єктами реалізації адміністративних послуг є: органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, державні підприємства, установи, організації. Кожна адміністративна послуга повинна мати такі ознаки: надаватися в межах правового поля за зверненням юридичних чи фізичних осіб; надаватися з метою забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи; надаватися шляхом реалізації владних повноважень (див.: Григораш О. І. Публічні послуги у сфері державного управління: поняття та зміст [Електронний ресурс] // Науковий вісник Чернівецького університету. – № 385).

Ю.В. Гродецький та С.В. Гзімчук зазначають, що публічні послуги характеризуються такими ознаками: а) спрямованість на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних або юридичних осіб; б) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування; в) вони породжують наслідки правового характеру (див.: Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., перероб. і доп. – Х.: Право, 2010. – С. 263). Т. Коханюк, спираючись на положення Цивільного кодексу України, публічними вважає послуги, які сповщені та можуть бути надані невизначеному колу осіб (див.: Коханюк Т. Здійснення системного тлумачення положень Особливої частини КК України на прикладі розділу «Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Випуск 51. – С. 357–358).

Враховуючи положення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90-р, а також положення підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», якими допускається надання публічних послуг аудиторями, нотаріусами, оцінювачами та іншими представниками приватної сфери, М.І. Хавронюк визначає публічні послуги як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної та комунальної форми власності), а в окремих випадках – приватним сектором під відповідальність публічного сектору (публічної влади) і за рахунок публічних коштів (тобто коштів державного і місцевого бюджетів). Науковець зазначає, що, крім адміністративних, за критеріями їхнього змісту виділяється такі види публічних послуг, як соціальні, житлово-комунальні, медичні послуги та послуги з оздоровлення й відпочинку, освітні послуги, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні послуги і послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо (див.: Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 76).

На думку М.І. Хавронюка, відповідно до підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» та ч. 1 ст. 365-2 КК особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги, крім осіб, які прямо перелічені у цій нормі КК, є особи, для яких є характерною сукупність таких ознак: 1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і 2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг. Ними можуть бути, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, що надають адміністративні послуги; соціальні працівники, у т. ч. працівники реабілітаційних установ і закладів соціального захисту для бездомних осіб і безпритульних дітей; працівники житлово-комунальних організацій; працівники державних та комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізичної культури і спорту; працівники державних та комунальних підприємств залізничного, повітряного, автомобільного, водного транспорту, міського електротранспорту; журналісти та інші працівники державних та комунальних засобів масової інформації. Іншими особами, які надають публічні послуги в установлених законом випадках, можуть бути також адвокати – у разі надання ними безоплатної правової допомоги з оплатою їх послуг за рахунок державного чи місцевого бюджету, а також тимчасові адміністратори банків та інших фінансових установ (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те

вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1068–1069; Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 80–81).

Із викладеного вище випливає, що лікарів і викладачів є підстави відносити до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, – за умови, що вони є працівниками державних та комунальних закладів освіти та охорони здоров'я або працівниками приватних закладів освіти та охорони здоров'я, якщо діяльність цих закладів фінансується за рахунок державних та (або) місцевих бюджетів. Щоправда, за такого тлумачення кримінального закону поза сферою його дії залишається неправомірна поведінка, зокрема, викладачів приватних навчальних закладів, що не мають вказаного фінансування, не дивлячись на те, що їхня освітня діяльність за своїми змістом і правовими наслідками фактично нічим не відрізняється від діяльності викладачів державних і комунальних навчальних закладів.

Разом з тим ми не виключаємо принципово іншого (хоч і не пов'язаного із зміною КК) варіанту розв'язання розглядуваної кримінально-правової проблеми. Маємо на увазі таке тлумачення Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ організаційно-розпорядчих функцій, яке б (на відміну від роз'яснення, наведеного в абз. 3 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво») не зводило зазначені функції, зміст яких, як і раніше, не розкривається законодавцем, лише до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи. Так, якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чого-небудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а й діяти по відношенню до кого-, чого-небудь на свій розсуд (див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 853, 1258). За такого підходу лікарі і викладачі визнаватимуться службовими особами (службовими особами юридичних осіб приватного права).

2. Чи стосується наявне у частинах 1 статей 365-2, 368-4 КК України обмеження «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» всіх осіб, перелічених в цих частинах статей? Якщо так, то яким чином слід кваліфікувати дії осіб, які є державними службовцями (наприклад, експерт судово-медичного бюро експертизи) чи посадовими особами місцевого самоврядування?

Тлумачення ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 КК дає змогу зробити висновок про те, що зазначене застереження стосується всіх осіб, перелічених в цих нормах.

Аналізуючи ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 і ч. 3 ст. 368-4 КК, М.І. Хавронюк звертає увагу на цей аспект, зауважуючи, що таку неуніфікованість термінології слід розглядати як помилку законодавця, що підлягає виправленню. При цьому науковець, аналізуючи ч. 1 ст. 365-2 КК, пише, що особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги, крім осіб, прямо перелічених у цій нормі, є особи, для яких характерна сукупність таких ознак: 1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і 2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1068–1069, 1085–1086). Таку позицію можна обґрунтувати тим, що публічні послуги, як було показано вище, надаються в першу чергу працівниками державних органів влади та місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами, організаціями.

Будучи прибічниками буквального тлумачення кримінального закону і матеріально-правового характеру конституційного імперативу «усі сумніви – на користь особи», вважаємо, що за чинних редакцій ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 за межі дії цих кримінально-правових заборон виведені особи, які під час здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зловживали своїми повноваженнями, будучи при цьому державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування, а також особи, які пропонують, надають або передають неправомірну вигоду таким особам.

У зв'язку з цим зловживання повноваженнями особою, яка є державним службовцем або посадовою особою місцевого самоврядування та здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, треба кваліфікувати не за ст. 365-2, а за іншими нормами КК. Наприклад, зловживання повноваженнями експерта судово-медичного бюро експертизи, якщо вони полягають в наданні завідомо неправдивого висновку, слід кваліфікувати за ст. 384 КК. Якщо ж ті чи інші зловживання повноваженнями під час здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг особами, які є державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування, прямо не передбачено іншими статтями КК, то вони не можуть тягнути кримінальної відповідальності.

3. Яким чином слід кваліфікувати неправомірні дії експерта експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України?

У запиті ВССУ можна прочитати: «Теорією кримінального права працівники правоохоронних органів віднесені до представників влади, а, отже, є службовими особами». Хотіли б уточнити, що працівниками правоохоронних органів є не лише ті особи, які, діючи від імені таких органів, можуть виступати як представники влади, а й, наприклад, технічний персонал (працівники бухгалтерії, прибиральниці тощо). Тобто не всі працівники правоохоронних органів є представниками влади, а, отже, службовими особами.

Експерти експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України мають відповідне спеціальне або військове звання і за наявності підстав у певних випадках можуть визнаватися представниками влади. Наприклад, експерта експертної служби МВС України як звичайного працівника міліції (а не як експерта) залучають до участі в охороні громадського порядку або іншої діяльності, здійснюючи яку, працівник міліції реалізує владні повноваження, а, отже, набуває якості представника влади – службової особи.

З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що експерт не наділений якимось владними чи управлінськими повноваженнями. Тому він підлягає відповідальності не як службова особа, а за статтею, що передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок. Експерт, який служить у Міністерстві внутрішніх справ, може виступати як службова особа лише у випадку, якщо він виконує не свою звичайну роботу, а, наприклад, залучається начальником для участі в охороні громадського порядку (див.: Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. – М.: Изд. центр АРиНА, 2001. – С. 44–45). Слід враховувати і те, що керівники експертних служб можуть визнаватися службовими особами за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій, адже їм підпорядковуються відповідні підрозділи і працівники останніх.

Що ж стосується проведення експертної діяльності, то в цій частині експерти зазначених органів, включаючи МВС, здійснюють винятково професійну діяльність, не пов'язану із виконанням функцій представника влади, організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій. У зв'язку з цим за відповідні зловживання вказані особи можуть нести відповідальність за нормами розділу XVIII Особливої частини КК «Злочини проти правосуддя» (статті 384, 385 КК). У ч. 3, на відміну від ч. 1 ст. 3684 КК, відсутнє застереження «яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування». Незважаючи на це, системне тлумачення КК та врахування принципу «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікуються» дають підстави стверджувати, що суб'єктом «пасивного» підкупу не є державний службовець (наприклад, експерт, який працює в державній установі). Зазначене застереження має бути виключене з ч. 1 ст. 3684 КК. За наявності підстав діяння такої особи можуть кваліфікуватись за іншими нормами КК (зокрема, за ст. 354 КК).

Одержання неправомірної вигоди тим, хто є керівником відповідної установи (її підрозділу), за надання експертного висновку, якщо для його підготовки використано надані цьому керівнику організаційно-розпорядчі повноваження (наприклад, вказана службова особа з метою одержання потрібного висновку здійснює вплив на підлеглого працівника), має кваліфікуватись за ст. 368 (368-3) КК.

ВІДПОВІДЬ ДЛЯ ВССУ ЩОДО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ АРБІТРАЖНОГО КЕРУЮЧОГО

1. До набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»

Господарським законодавством (зокрема, ч. 9 ст. 13, ч. 6 ст. 17, ст. 25 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом») на арбітражного керуючого на різних стадіях провадження у справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з точки зору кримінально-правового поняття службової особи визнавались організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими. Ліцензія арбітражного керуючого дає особі право бути призначеною розпорядником майна, керуючим санацією або ліквідатором, тобто визначає її правоздатність. Але це право може бути і не реалізоване. Юридичним фактом, з яким пов'язане виникнення правовідносин між юридичною особою, щодо якої знаходиться у провадженні справа про банкрутство, і арбітражним керуючим, є ухвала господарського суду про призначення особи, яка має ліцензію арбітражного керуючого, розпорядником майна, керуючим санацією чи ліквідатором. Тобто саме ухвала господарського суду породжує процесуальну правоздатність і дієздатність особи, яка має ліцензію, у конкретній справі. Це положення прямо закріплено в абз. 17 ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», а також у п. 1.4 Ліцензійних умов провадження господарської діяльності арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів).

При цьому поняття службової особи, що наводилось у ч. 1 примітки ст. 364 КК України, давало можливість у передбачених законодавством випадках визнати службовою також і ту особу, яка не обіймала постійно або тимчасово на підприємстві, в установі або організації посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків. Пануючою в юридичній літературі (див., наприклад: Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика. Навчальний посібник. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 190–193; Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2007. – С. 122–123; Гурова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: монографія. – Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – С. 292–293; Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – С. 642–644; Коваль А. А оно все-таки лицо служебное... О возможности признания арбитражного управляющего служебным лицом // Юридическая практика. – 10 апреля 2007 г. – 15; Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – С. 230–239) була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням. Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду.

Не дивлячись на те, що арбітражний керуючий на обіймає на підприємстві посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і фактично є фізичною особою – підприємцем, діяльність якого підлягає ліцензуванню, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду. У цьому разі господарський суд вважався повноважним органом у розумінні роз'яснення, яке наводилось у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво». Тут зазначалось, що особа є службовою і тоді, коли вона виконує відповідні обов'язки за спеціальним повноваженням, за умови, що ці обов'язки покладено на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Таким чином, немає підстав для твердження про те, що лише Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» неправомірні діяння арбітражних керуючих були криміналізовані.

2. Після набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»

З огляду на пряму вказівку законодавця (маю на увазі ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 КК України, підпункт б) п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції»), арбітражний керуючий є особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Так, із застереження «у тому числі послуг ... арбітражного керуючого...», на мою думку, однозначно випливає, що законодавець відносить арбітражних керуючих до числа тих, хто надає публічні послуги. У зв'язку з цим одержання арбітражним керуючим неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих повноважень в інтересах особи, яка надає чи передає неправомірну вигоду, наразі має кваліфікуватись за ч. 3 або ч. 4 ст. 368-4 КК України.

Відсутність згадування конкретно про арбітражного керуючого у диспозиції ч. 3 ст. 368-4 КК не означає, що арбітражний керуючий не є суб'єктом злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою, хоч така точка зору і зустрічається в літературі (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1085). Все ж у цьому випадку треба керуватись системним тлумаченням антикорупційного законодавства, не допускаючи невинновато обмежувального розуміння окремих положень цього законодавства.

ЗАУВАЖЕННЯ І ПРОПОЗИЦІЇ ДО ПРОЕКТУ ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ВССУ «ПРО ПРАКТИКУ ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ОКРЕМІ КОРУПЦІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ»¹

1. У п. 3 проекту постанови Пленуму ВССУ «Про практику застосування судами законодавства України про відповідальність за окремі корупційні правопорушення» (далі – проект постанови) закріплено перелік суб'єктів відповідальності за вчинення корупційного правопорушення. Як зазначено в самому проекті постанови, цей перелік не є повним. Вважаємо, що п. 3 проекту постанови не допоможе правозастосувачу, оскільки він лише частково дублює положення ст. 4 Закону України від 7 квітня 2011 року «Про засади запобігання і протидії корупції», не розриваючи зміст понять, використаних у цій статті Закону, зокрема, таких, як «особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги», «публічні послуги», «особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми».

2. В абз. 5 п. 15 проекту постанови відтворюється законодавче визначення неправомірної вигоди, проте не роз'яснюється, що слід розуміти під перевагами, пільгами, послугами, а так само нематеріальними активами як складовими неправомірної вигоди. Вважаємо, що при доопрацюванні зазначеного фрагменту проекту постанови можуть стати у нагоді у тому числі такі наукові джерела: Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 34-43; Ризак Я. Предмет комерційного підкупу за Кримінальним кодексом України // Вісник Національної академії прокуратури. – 2012. – № 1. – С. 121–126. Одне з ключових питань, яке має бути вирішене у постанові при тлумаченні поняття «неправомірна вигода», – це питання, чи можуть визнаватись неправомірною вигодою з точки зору відповідальності за корупційні правопорушення послуги, пільги і переваги, що не мають майнового характеру.

3. Вважаємо, що п. 14 та абз. 3 п. 15 проекту постанови суперечать один одному. Із п. 14 випливає, що у випадку колізії між нормами КК та КпАП застосуванню підлягають норми КК, а в абз. 3 п. 15 говориться, що якщо особа отримала неправомірну вигоду, розмір якої не перевищує ста НМДГ, застосуванню підлягає ст. 172-2 КпАП.

На нашу думку, відповідальність за такі дії для службових осіб, які згідно з ч. 1 примітки ст. 364 КК є суб'єктами одержання хабара, передбачена ч. 1 або ч. 2 ст. 368 КК (залежно від розміру отриманого хабара), а не ст. 172-2 КпАП. Відмежовуючи першу форму об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КпАП (порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди), від злочину, караного за ст. 368 КК, ми поділяємо точку зору М.І. Хавронюка, згідно з якою застосуванню в цій ситуації підлягає ст. 368 КК. Вважаємо, що на користь цієї точки зору свідчить не стільки той факт, що в ч. 1 ст. 368 КК не визначено мінімальний розмір хабара, скільки те, що в ч. 1 ст. 368 КК передбачено відповідальність за одержання хабара в розмірі, що не перевищує п'яти НМДГ, тобто предмет правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КпАП, і предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, співпадають за розміром, у зв'язку з чим тут вбачаються підстави для застосування ч. 2 ст. 9 КпАП, на чому, до речі, наголошується у п. 14 проекту постанови.

Взагалі принципове питання, від того чи іншого вирішення якого і залежатиме розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства (і не лише у розглядуваній ситуації), можна сформулювати так: з якого правила при здійсненні вказаного розмежування треба виходити – або з ніким поки що не скасованої ч. 2 ст. 9 КУпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (за пріоритет кримінально-правових заборон, треба так розуміти, висловлюються розробники проекту постанови), або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми).

4. В абз. 3 п. 15 проекту постанови дії особи, яка порушила встановлені законом обмеження щодо використання службових повноважень і пов'язаних із цим можливостей та прийняла обіцянку/пропозицію неправомірної вигоди у розмірі, що не перевищує ста НМДГ, для себе чи інших осіб, пропонується кваліфікувати за відповідною частиною ст. 172-2 КпАП залежно від розміру неправомірної вигоди. І лише у випадку, коли особа, вчинивши зазначені дії, завдала істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, її дії залежно від суб'єкта (характеру покладених на нього функцій) пропонується кваліфікувати за ст. ст. 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4 КК.

¹ Зауваження і пропозиції підготовлено спільно з Г.М. Зеленовим.

Разом з тим в абз. 4 п. 15 проекту постанови використання службових повноважень і можливостей, пов'язане з прийняттям обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, пропонується кваліфікувати лише за нормами КК, а саме за ст. 15 і ч.ч. 3 і 4 ст. 368-3, або за ст. 15 і ч.ч. 3 і 4 ст. 368-4, або за ст. 15 і ст. 368 КК як замах на відповідні злочини. Виникає питання, а куди поділася ст. 172-2 КК?

Виходить, що роз'яснення, наведені в абз. 3 та абз. 4 п. 15 проекту постанови, певною мірою суперечать одне одному.

Хотіли також звернути увагу на те, що згадування в абз. 3 п. 15 проекту постанови про заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам у контексті відповідальності за ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3 і ч. 4 ст. 368-4 КК є недоречним, оскільки склади злочинів, передбачених цими нормами КК, є формальними.

До того ж постає питання, чому прийняттям відповідним суб'єктом обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди має розцінюватись саме як замах, а не як готування до злочину, передбаченого ст. 368, ч. 3 і ч. 4 ст. 368-3, ч. 3 і ч. 4 ст. 368-4 КК. Принаймні в юридичній літературі (див.: Бурдін В.М. Пропозиція хабара: диференціація кримінальної відповідальності чи криміналізація наміру // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 4. – С. 248) висловлюється думка про те, що ясно виражену згоду службової особи на отримання хабара, можна кваліфікувати як готування до одержання хабара.

5. Вказівка в абз. 6 п. 15 на розмір істотної шкоди, якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків, є непотрібним дублюванням ч. 3 примітки статті 364 КК.

Ми погоджуємось із відображенням у п. 16 проекту постанови підходом, згідно з яким при розмежуванні комерційного підкупу, пропозиції або давання хабара як злочинів та адміністративного проступку, передбаченого ст. 172-3 КпАП, слід виходити із закріпленого в КпАП критерію, який відповідно до ч. 2 ст. 172-3 КпАП дорівнює ста НМДГ. При цьому ні в ч. 1 ст. 368-3, ні в ч. 1 і ч. 2 ст. 369 КК, як відомо, мінімальний розмір неправомірної вигоди (хабара) не визначено.

Фактично в п. 16 проекту постанови пріоритет віддано адміністративно-правовій забороні при тому, що в п. 14 проекту постанови йдеться, як вже зазначалось, про пріоритет норм КК. У зв'язку зі сказаним роз'яснення, наведені у п. 14 і п. 16 проекту постанови, потребують узгодження між собою

6. У ч. 1 ст. 172-3 КпАП встановлено відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди службовій особі. Тому з точки зору чинного антикорупційного законодавства пропонування або надання неправомірної вигоди незалежно від її розміру особі, яка надає публічні послуги, має тягнути кримінальну відповідальність за певною частиною ст. 368-4 КК завжди, а не лише тоді, коли розмір неправомірної вигоди перевищує сто НМДГ, як на цьому наголошується в абз. 2 п. 16 проекту постанови.

7. П. 17 проекту постанови значною мірою є дублюванням положень ст. 7 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції».

8. Абз. 1 п. 18 проекту постанови є відтворенням примітки ст. 172-5 КпАП, п. 1, підпунктів «а», «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції».

9. У назві проекту постанови Пленуму говориться, що документ присвячено окремим корупційним правопорушенням. Різновидом корупційного правопорушення відповідно до ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» є корупційний злочин. Щоправда, текст проекту постанови в основному присвячено тлумаченню норм адміністративного законодавства, що передбачає відповідальність за вчинення адміністративних корупційних деліктів. І лише в деяких випадках, коли це стосується розмежування деяких адміністративно та кримінально караних корупційних правопорушень, формулюються роз'яснення щодо застосування окремих норм КК. У зв'язку з цим вважаємо, що Пленум має звернути значно більше уваги питанням тлумачення норм КК, що передбачають відповідальність за вчинення корупційних злочинів, або щонайменше назву проекту постанови варто уточнити, вказавши в ній, що її присвячено питанням застосування норм адміністративного антикорупційного законодавства. Це можна зробити, наприклад, замінивши в назві проекту постанови поняття «правопорушення» поняттям «проступки» або додавши після слова «судами» слово «адміністративного».

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО О.Б. ФОМІНОВОЇ, ЗАСУДЖЕНОЇ ЗА Ч. 2 СТ. 364 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Л.Ф. ГЛОСА ВІД 29 ТРАВНЯ 2015 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

У заяві О.Б. Фомінової про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 5 березня 2015 року стверджується, що інкримінований засуджений злочин (зловживання службовим становищем) є подібним до діянь, вчинених іншими особами, у справах яких суд касаційної інстанції по-іншому застосував норми кримінального закону (ухвали ВССУ від 8 квітня 2014 року та 16 вересня 2014 року). На думку засудженої, суд, на відміну від постановлених у зазначених справах рішеннях, неправильно застосував кримінальний закон, кваліфікувавши вчинене нею за ч. 2 ст. 364 КК України, у той час, як мав констатувати відсутність складу злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою.

Із рішень Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 24 квітня 2014 року та Апеляційного суду Дніпропетровської області від 11 липня 2014 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено згаданою вище ухвалою ВССУ від 5 березня 2015 року, випливає, що О.Б. Фомінова визнана винуватою у вчиненні зловживання службовим становищем – умисному, з метою одержання неправомірної вигоди для фізичної особи (Л.О. Рудь) використанні службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби, яке спричинило тяжкі наслідки.

Ознайомлення з фактичними обставинами вчиненого злочину, які знайшли відображення в наданих для аналізу процесуальних документах, дозволяє стверджувати, що О.Б. Фомінова свою вину у зловживанні службовим становищем не визнала, оскільки, на її думку, вона використала свої службові повноваження відповідно до вимог законодавства про реєстрацію речових прав на нерухоме майно. Зібраними під час кримінального провадження доказами Кіровський районний суд м. Дніпропетровська, на нашу думку, загалом належним чином спростував зазначену позицію. Так, було доведено, що О.Б. Фомінова як фахівець із питань реєстрації прав на нерухоме майно була обізнана щодо особливостей правового регулювання реєстрації таких прав і при здійсненні державної реєстрації речових прав на конкретне нерухоме майно (виставковий салон непродовольчих товарів за відповідною адресою) не помилялась, а діяла умисно.

Зроблене нами застереження «загалом» зумовлено тим, що в процесуальних документах, винесених щодо О.Б. Фомінової, не знайшла переконливого обґрунтування теза про виконання нею як державним реєстратором речових прав на нерухоме майно організаційно-розпорядчих функцій як змістовної характеристики кримінально-правового поняття службової особи. Традиційно ж вказані функції (раніше обов'язки) пов'язуються з керівництвом трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників, а не із вчиненням юридично значущих дій, здатних породжувати, змінювати або припиняти правовідносини.

Також слід нагадати, що 21 лютого 2014 року був ухвалений Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції», на підставі якого в диспозиції ч. 1 ст. 364 КК України слова «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб» замінено словами «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи». В юридичній літературі (див., наприклад: Хавронюк М.І. Науковий висновок щодо способу застосування Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21 лютого 2014 року № 746-VII // Юридичний вісник України. – 29 березня – 4 квітня 2014 р. (Інформаційно-правовий банк). – С. 27–31; Шапченко С.Д. Основні кримінально-правові аспекти Закону України від 21 лютого 2014 року № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» // Юридичний вісник України. – 5–11 квітня 2014 р. (Інформаційно-правовий банк). – С. 2–4; Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задої. – К.: Аграр Медіа Груп, 2014. – С. 17–19) питання, чи відбулася внаслідок таких законодавчих змін часткова декриміналізація зловживання владою або службовим становищем, вирішується суперечливо. На наш погляд, на це питання варто давати ствердну відповідь: використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, вчинене в інтересах, відмінних від мети одержання неправомірної вигоди, не утворює складу злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 364 КК України, навіть за умови настання істотної шкоди чи тяжких наслідків.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

Виходячи з викладеного вище, перейдемо до порівняння суспільно небезпечного діяння, вчиненого О.Б. Фоміною, з казусами, на які вона посилається для порівняння.

У справі, в якій було винесено ухвалу ВССУ від 8 квітня 2014 року, дії винного спочатку кваліфікувались за ч. 2 ст. 364 КК України, однак згодом (з урахуванням згаданих законодавчих змін у частині кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем) було констатовано відсутність складу цього злочину, оскільки мета одержання неправомірної вигоди як обов'язкова наразі суб'єктивна ознака складу злочину «зловживання владою або службовим становищем» органами досудового слідства в провину засудженому не ставилась і судом у вирок не встановлювалась. Таке ж (значною мірою процесуальне) обґрунтування відсутності складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України, наводиться в ухвалі ВССУ від 16 вересня 2015 року.

Змістовно позиція ВССУ, яка знайшла відображення в ухвалях від 8 квітня 2014 року та 16 вересня 2014 року, виглядає сумнівною. Адже в діях врешті-решт виправданих державних виконавців мета одержання неправомірної вигоди для інших осіб, наскільки про це можна судити з текстів згаданих ухвал, вбачається. Інакше кажучи, немає підстав для твердження про те, що ці суб'єкти зловживали своїм службовим становищем в інтересах, відмінних від інтересів одержання неправомірної вигоди.

У справі О.Б. Фоміною, на відміну від тих, в яких виносились ухвали ВССУ від 8 квітня 2014 року та 16 вересня 2014 року, було встановлено, що службова особа діяла з метою одержання неправомірної вигоди для певної фізичної особи. Ця обставина знайшла чітке відображення в тому числі у вирокі Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 24 квітня 2014 року.

Зі сказаного випливає висновок про відсутність подібності розглядуваних суспільно небезпечних діянь. Разом з тим звернемо увагу на те, що наявність відповідної мети як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ст. 364 КК України, повинна встановлюватись судом та отримувати належне обґрунтування. Зокрема, в ситуаціях, коли особа діє з метою одержання неправомірної вигоди не для себе, а для інших осіб (фізичних або юридичних), вочевидь, має доводитись відповідний зв'язок між ними, встановлюватись обставини, які спонукали винного вчинити зловживання владою або службовим становищем саме в інтересах іншої особи. На жаль, у процесуальних рішеннях, винесених щодо О.Б. Фоміною, такого обґрунтування відшукати не вдалося.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Д.О. МЕНЬШИКОВА І В.Ю. СКОРКІНА, ЗАСУДЖЕНИХ ЗА Ч. 3 СТ. 368, Ч. 1 СТ. 364, Ч. 1 СТ. 365 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Б.М. ПОШВИ ВІД 6 КВІТНЯ 2016 Р.

Із заяви адвоката П.А. Гірка про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 26 січня 2016 р. випливає, що, на думку заявника, мало місце неоднакове застосування закону про кримінальну відповідальність (ст. ст. 364, 365, 368 КК України) у подібних правовідносинах, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень. Стверджується, що, на відміну від ухвал суду касаційної інстанції від 28 серпня 2014 р., 1 жовтня 2015 р. і 10 грудня 2015 р., стосовно засуджених Д.О. Меньшикова і В.Ю. Скоркіна згадані статті КК України застосовано неправильно.

Як випливає з вироку Київського районного суду м. Харкова від 9 лютого 2015 р., вироку Апеляційного суду Харківської області від 29 вересня 2015 р. та ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 26 січня 2016 р., Д.О. Меньшикова і В.Ю. Скоркіна засуджено за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 365 КК України, за те, що вони, будучи працівниками міліції, одержали від В.Є. Завойко хабар (неправомірну вигоду) у вигляді 1 тис. доларів США та 8 тис. грн. за невжиття заходів із реєстрації вчиненого С.В. Проскурніним злочину, пов'язаного з незаконним обігом наркотичних засобів, із непритягнення згаданої особи до кримінальної відповідальності. При цьому істотною шкодою як обов'язковою ознакою складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем» і ч. 1 ст. 365 КК України «Перевищення влади або службових повноважень», було визнано підрив авторитету і престижу органів державної влади України, віри людей у співробітників міліції як представників влади, здатних захистити громадян і суспільство від злочинних посягань. На підтвердження правильності викладеного підходу в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 26 січня 2016 р. зроблено посилання на п. 6 постанови ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 5 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», згідно з яким з урахуванням конкретних обставин справи істотною шкодою як ознакою відповідних складів службових злочинів можуть визнаватись, зокрема, порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав і свобод людини та громадянина, підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки та умов, що утруднюють виконання підприємством, установою організацією своїх функцій, приховування злочинів.

Щоправда, посилання на цю постанову Пленуму ВСУ, як і на інші подібні документи ВСУ, можуть бути визнані доречними лише за умови, що наведені в них роз'яснення не суперечать серйозно оновленому протягом останніх років законодавству про кримінальну відповідальність за службові злочини. Як відомо, після зміни дефініцій понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки», здійсненої на підставі Закону України від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон від 13 травня 2014 р.), думки фахівців із питання про змістовне наповнення вказаних понять розділилися. Питання, чи сталася внаслідок набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р. часткова декриміналізація посягань у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, в юридичній літературі вирішується суперечливо (докладніше про це див., зокрема: Дудоров О., Зеленов Г. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону // *Право України*. – 2015. – № 12. – С. 69–81; Андрушко П.П., Задоя К.П. Дискусійні аспекти щодо змісту ознак «істотна шкода» та «тяжкі наслідки» у складах злочинів у сфері службової діяльності // *Вісник Верховного Суду України*. – 2016. – № 6. – С. 38–45). Немає на сьогодні єдиного підходу щодо змісту розглядуваних кримінально-правових понять і в правозастосовній практиці, про що, крім усього іншого, свідчать надані для ознайомлення документи в справі Д.О. Меньшикова і В.Ю. Скоркіна.

Вважаю, що з урахуванням усталеного в кримінально-правовій доктрині правила кваліфікації «усі сумніви – на користь особи, діянню якої кваліфікується», який своїм підґрунтям має правові позиції ЄСПЛ і презумпцію невинуватості (ст. 63 Конституції України), у зв'язку з внесенням на підставі Закону від 13 травня 2014 р. змін до примітки ст. 364 КК України відбулося звуження змісту кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки». Оновлені п. 3 і п. 4 примітки ст. 364 КК обмежили дію відповідних кримінально-правових заборон; інакше кажучи, сталася часткова декриміналізація, зокрема, таких діянь, як зловживання владою або службовим становищем і перевищення влади або службових повноважень. Звичайно, зводити, як це робить вітчизняний законодавець, суспільно небезпечні наслідки як ознаки складів злочинів, передбачених

ст. ст. 364–367 КК, лише і саме до наслідків, що піддаються грошовій оцінці, є принципово неправильним кроком, однак кримінально-правова кваліфікація скоєного має ґрунтуватись на чинному КК.

Відповідно, «підрив авторитету і престижу органів державної влади України, віри людей у співробітників міліції як представників влади, здатних захистити громадян і суспільство від злочинних посягань» немає достатніх підстав розцінювати як істотну шкоду з погляду кваліфікації вчиненого за ч. 1 ст. 364 і ч. 1 ст. 365 КК України, а тому вказані кримінально-правові заборони інкриміновані Д.О. Меньшикову і В.Ю. Скоркіну безпідставно. Оскільки сталася декриміналізація певних службових правопорушень, Закон від 13 травня 2014 р. у розглядуваній частині на підставі ч. 1 ст. 5 КК України повинен мати зворотну дію в часі.

В абз. 2 п. 1 Прикінцевих положень Закону від 13 травня 2014 р. говориться про те, що дія цього Закону поширюється на злочини та суспільно небезпечні діяння, що підпадають під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, які були вчинені після набрання чинності цим Законом. Неспроможність наведеного законодавчого положення переконливо доведена П.П. Андрушком і К.П. Задоя, на думку яких орієнтирами в цьому випадку мають бути виключно загальні колізійні норми темпорального характеру, передбачені ч. 1 і ч. 3 ст. 5 КК України (див.: Андрушко П.П., Задоя К.П. Зазначена праця. – С. 46–47).

У межах обстоюваного мною, Г.М. Зеленовим і В.О. Навроцьким так званого компромісного підходу щодо змісту кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» можна дискутувати хіба що в частині визнання істотною шкодою (як ознакою вчиненого працівниками міліції перевищення влади) позбавлення С.В. Проскурніна права на свободу пересування протягом 4-х годин. Однак у наданих для вивчення процесуальних документах порушення згаданого конституційного права особи не дістало грошової оцінки (не доведено, що у зв'язку з відновленням порушеного права на свободу пересування С.В. Проскурнін зазнав майнових витрат, що перевищують сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). А ця обставина через те, що внаслідок набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р. істотна шкода і тяжкі наслідки як суспільно небезпечні наслідки стали формалізованими, на мою думку, виключає кваліфікацію вчиненого Д.О. Меньшиковим і В.Ю. Скоркіним за ч. 1 ст. 365 КК України.

До речі, з представниками «компромісного підходу» не погоджуються П.П. Андрушко і К.П. Задоя, які найбільш переконливим вважають «буквальний» підхід до розуміння змісту пунктів 3, 4 примітки ст. 364 КК України, а саме: ознаки «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» охоплюють лише шкоду майнового характеру (див.: Андрушко П.П., Задоя К.П. Зазначена праця. – С. 44–45). Такий же підхід знайшов відображення в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ від 10 грудня 2015 р., який, виходячи з того, що внаслідок набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р. істотною вважається лише майнова шкода, не визнав істотною шкодою з погляду кваліфікації за ч. 1 ст. 364 КК України «підрив авторитету та престижу Новокаховської міської ради, яка є органом місцевого самоврядування».

З приводу твердження адвоката про відсутність у діях засуджених такої кваліфікуючої ознаки, як значний розмір неправомірної вигоди, хотілося б зазначити таке. Закон України від 18 квітня 2013 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», який змінив (істотно збільшив) параметри цієї ознаки складу злочину, передбаченого ст. 368 КК України, як закон, що пом'якшує кримінальну відповідальність особи, згідно з ч. 1 ст. 5 КК України повинен мати зворотну дію в часі. З урахуванням того, що сума неправомірної вигоди, одержаної засудженими (15 992 грн. 50 коп.), є меншою за вказані в ч. 1 примітки ст. 368 КК України сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (53 650 грн.; з 1 січня 2012 р. податкова соціальна пільга, що використовувалась для потреб кваліфікації злочинів, встановлювалась у розмірі 536 грн. 50 коп.), кваліфікуюча ознака «значний розмір» неправомірної вигоди не може обтяжувати кримінальну відповідальність Д.О. Меньшикова і В.Ю. Скоркіна за вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК України, і підлягає виключенню з обвинувачення.

Викладене вище свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї ж норми кримінального закону (ст. ст. 364, 365, 368 КК України) щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Г.Г. ЖИВОГО, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 3 СТ. 365 КК УКРАЇНИ

По суті поставлених суддею ВССУ Т.В. Матієк питань хотів би дати такі роз'яснення:

1) *щодо правильності кваліфікації місцевим судом дій Живого з урахуванням законів України від 7 квітня 2011 р. і від 15 листопада 2011 р.*

У направлених на розгляд матеріалах не вказано, коли було порушено кримінальну справу щодо Г.Г. Живого, але зазначено, що її було порушено на підставі КПК 1960 р. Провадження було закінчено на підставі КПК 2012 р. При цьому 19 грудня 2012 р. прокурор затвердив обвинувальний акт, в якому Живий Г.Г. обвинувачувався, зокрема, у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК, а 24 грудня 2012 р. провадження з обвинувальним актом надійшло до суду.

Як впливає з наданих матеріалів, злочин було вчинено у вересні-жовтні 2008 р. Отже, якщо в діях Живого Г.Г. мало місце перевищення службових повноважень, яким було завдано тяжких наслідків для охоронюваних законом інтересів юридичної особи (оцінити дії засудженого не має змоги, оскільки в наданих матеріалах відсутня фабула), то на момент його вчинення такі дії потрібно було кваліфікувати за ч. 3 статті 365 КК. Проте 7 квітня 2011 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». На підставі цього Закону в порядку реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення в публічній і приватній сферах КК, серед іншого, було доповнено ст. 365-1 «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». З урахуванням належності підприємства, очолюваного Г.Г. Живим, до юридичних осіб приватного права і положень ст. 5 КК «Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі» вчинене цією службовою особою перевищення своїх службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки охоронюваним законом інтересам юридичної особи, органом досудового розслідування мало бути перекваліфіковано з ч. 3 ст. 365 КК на ч. 2 ст. 365-1 КК.

Разом з тим дати у своєму вирокі таку кримінально-правову оцінку діям Г.Г. Живого місцевий суд, який розглядав кримінальну справу щодо нього вже після набрання чинності Законом від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції», не міг, адже на підставі згаданого Закону ст. 365-1 із КК було виключено. Незважаючи на очевидну дискусійність (на мою думку, помилковість) цього законодавчого кроку і належність до числа спірних у кримінально-правовій науці питання про співвідношення складів зловживання владою або службовим становищем (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права) та перевищення влади або службових повноважень (перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права) (ст.ст. 364, 364-1 і ст. ст. 365, 365-1 КК, відповідно), слід констатувати, що на підставі Закону від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції» відбулася декриміналізація випадків перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права, які мали місце до набрання чинності вказаним Законом. Принаймні для українських дослідників, які поглиблено аналізували положення цього Закону та які, зокрема, констатують відсутність у ньому жодних уточнень змісту злочинного діяння при зловживанні повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права, правильність такого висновку сумнівів не викликає (див.: наприклад: Хавронюк М.І. Науковий висновок щодо способу застосування Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21 лютого 2014 року № 746-VII // Юридичний вісник України. – 29 березня – 4 квітня 2014 р. (Інформаційно-правовий банк). – С. 30; Шапченко С.Д. Основні кримінально-правові аспекти Закону України від 21 лютого 2014 року № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» // Юридичний вісник України. – 5 – 11 квітня 2014 р. (Інформаційно-правовий банк). – С. 4; Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задоя. – К.: Аграр Медіа Груп, 2014. – С. 16–17; Задоя К.П. Проблеми кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності з урахуванням змін, передбачених Законом України від 21 лютого 2014 р. № 746-VII // Адвокат. – 2014. – № 5. – С. 16–26; Зеленів Г.М. Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті змін від 21 лютого 2014 р. до ст. 365 КК України // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013 – 2014 років в Україні: матеріали міжнародного симпозіуму, м. Львів, 24 – 25 жовтня 2014 р.; ОБСЄ, Верховний Суд України, Львівський державний університет внутрішніх справ. – Київ: ВАІТЕ, 2014. – С. 65).

У будь-якому разі кваліфікацію дій Г.Г. Живого за ч. 3 ст. 365 КК, здійснену місцевим судом у вирокі від 7 квітня 2014 р., слід визнати помилковою;

2) як повинен був діяти місцевий суд, виходячи з того, що Закон від 21 лютого 2014 р. набрав законної сили 28 лютого 2014 р., тобто до постановлення вироку місцевим судом?

У п. 4 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК) передбачено таку підставу для закриття кримінального провадження, як набрання чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою. Щодо скоєного Г.Г. Живим таким законом, як це показано вище, є Закон від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції». Кримінально-правовою підставою для закриття кримінального провадження у розглядуваній ситуації слугує положення про зворотну дію в часі закону про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння (ч. 1 ст. 5 КК України). Саме за цим правилом мають вирішуватись ситуації, коли на час розгляду справи в суді те чи інше діяння вже виключено законодавцем з кола кримінально караних.

Попри очевидність того, що ухвала про закриття кримінального провадження, яке передано до суду, на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК має бути винесена судом, у ст. 284 КПК відсутні чіткі приписи з цього приводу. Зверну увагу на те, що КПК (ч. 7 ст. 284, ч. 1 ст. 373), як видається, не дає однозначної відповіді на питання, яке судові рішення – виправдувальний вирок або ухвала про закриття кримінального провадження – має виноситись у цьому разі.

Якби на момент набрання чинності Законом від 21 лютого 2014 р. Г.Г. Живий уже був засудженим за вчинений ним злочин, суд мав застосувати ч. 2 ст. 74 КК, згідно з якою особа, засуджена за діяння, караність (а отже, і злочинність) якого усунена законом, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання;

3) чи правильним є рішення місцевого суду про визнання винуватим, призначення покарання особі за злочин, караність якого усувається законом на час постановлення вироку?

4) чи правильним є рішення місцевого суду про застосування п. 2 Прикінцевих положень Закону від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції» та звільнення особи від основного і додаткового покарань?

Вказані рішення місцевого суду є неправильними. Суд не мав права засуджувати особу, яка вчинила декриміналізоване діяння, і, відповідно, призначати за його вчинення покарання. Це є порушенням, зокрема, ч. 1 ст. 2 КК, відповідно до якої підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом. На момент винесення обвинувального вироку щодо Г.Г. Живого КК вже не містив складу злочину, передбаченого ст. 365-1.

Положення, передбачене в п. 2 Прикінцевих положень Закону від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції», орієнтоване на випадки, про які йдеться в ч. 2 ст. 74 КК. Фактично згадане положення Закону від 21 лютого 2014 р. не виправдано дублює передбачену КК норму про звільнення від покарання у зв'язку з усуненням караності діяння. До речі, суд не мав права застосовувати п. 2 Прикінцевих положень Закону від 21 лютого 2014 р. і через те, що це суперечить ч. 3 ст. 3 КК, відповідно до якої злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО В.І. ШЕРЕДЕКІНА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 2 СТ. 368 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ В.Ф. ПИВОВАРА ВІД 2 КВІТНЯ 2013 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

Із заяви В.І. Шередекіна про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 25 жовтня 2013 року випливає, що ця особа вважає кримінальну справу з обвинувачення її у скоєнні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368 КК України, схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справами, розглянутими касаційними інстанціями 9 січня, 5 жовтня, 9 червня 2006 року, 17 травня і 11 серпня 2011 року, 8 травня і 14 серпня 2012 року. На думку засудженого, суд, на відміну від постановлених у зазначених справах вироків, неправильно інкримінував йому таку кваліфікуючу ознаку, як вимагання хабара, а також помилково визнав його службовою особою.

Вивчення рішень Ленінського районного суду м. Севастополя від 1 червня 2010 року та Апеляційного суду м. Севастополя від 22 квітня 2011 року і 17 лютого 2012 року, законність і обґрунтованість яких згодом було підтверджено ухвалою ВССУ від 25 жовтня 2012 року, дало змогу констатувати, що Шередекін В.І. засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368 КК України, тобто за отримання службовою особою, яка займає відповідальне становище, хабара за виконання в інтересах особи, яка дає хабар, з використанням наданої їй влади та службового положення, поєднане з вимаганням хабара. Він, будучи службовою особою (заступником начальника відділу митної варті Севастопольської митниці), яка займає відповідальне становище, умисно створив умови, за яких гр-н В.В. Ковальов вимушений був дати йому хабар з метою запобігання шкідливих наслідків для своїх прав і законних інтересів, після чого Шередекін В.І. отримав хабар в сумі 5315 гривень.

Для розв'язання питання, порушеного в заяві про перегляд судового рішення, щодо правильності кваліфікації дій засудженого в частині вимагання хабара слід з'ясувати, чи відповідає скоєне засудженим ознакам вимагання хабара, визначеним у примітці до ст. 368 КК України. Відповідно до цього законодавчого припису вимагання хабара може мати дві форми: відкриту, тобто вимоги службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть завдати шкоди правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, та завуальовану, тобто умисного створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів. За обох зазначених форм службова особа здійснює тиск на особу, примушуючи останню порушити закон і вчинити злочин – запропонувати або дати хабар. Давання хабара зумовлене не ініціативою і вільним волевиявленням хабародавця, а цілеспрямованою поведінкою службової особи (див.: Кримінальне право. Особлива частина: підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2 – Луганськ: Видавництво «Елтон – 2», 2012. – С. 467).

Як свідчать покази свідка В.В. Ковальова, зафіксовані у вирокі суду першої інстанції від 1 червня 2010 року, хабар він вирішив дати у відповідь на ініційовану митною вартою перевірку порушень митних правил судном, фрахтувальником якого він є. Саме покази цього свідка в сукупності з іншими доказами (за умов невизнання вини засудженим) були покладені в основу обвинувачення. З огляду на це, резонним видається висновок про відсутність у діях В.І. Шередекіна відкритої форми вимагання хабара (він не висував вимоги дати хабар) і водночас про можливість розгляду вчиненого ним із позиції другої (завуальованої) форми вимагання хабара. Адже засуджений своїми діями (детальною перевіркою факту порушень митних правил та причетності до цього В.В. Ковальова) створював умови, за яких останній міг зазнати матеріальних збитків, пов'язаних із вилученням кабелю зв'язку, що вилучувався судном, фрахтувальником якого був В.В. Ковальов.

Разом з тим слід мати на увазі законодавче формулювання завуальованої форми вимагання хабара, відповідно до якого не може бути вимагання хабара в тих випадках, коли ставляться під загрозу незаконні інтереси особи. З'ясування цього ключового у розглядуваній ситуації питання викликає труднощі. З одного боку, з показів В.В. Ковальова випливає розуміння його власної невинуватості в порушенні будь-яких правил. Адже, якщо судно, яке він фрахтував, і порушило межі територіальних вод України, то за це мав відповідати капітан судна. Відповідно, є підстави вести мову про давання хабара для запобігання шкідливим наслідкам для прав і законних інтересів хабародавця.

З іншого боку, якщо проаналізувати вирок суду першої інстанції, можна зробити протилежний висновок, а саме: Ковальов В.В. давав хабар тому, що судно, фрахтувальником якого він виступав, порушило митне законодавство України. Таким чином, про шкідливі наслідки для законних інтересів хабародавця за таких обставин йтися не може.

На думку ж переважної більшості фахівців, які досліджують проблематику кримінально-правової протидії службовим злочинам, у ситуаціях, у яких під загрозу ставляться незаконні інтереси особи, немає достатніх

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

підстав стверджувати про вимушеність давання хабара, а, отже, про його вимагання. У зв'язку з цим законодавець вчинив правильно, коли закріпив у КК України так зване вузьке розуміння вимагання хабара.

Отже, якщо виходити з того, що В.В. Ковальов давав хабар з метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх законних інтересів, то кваліфікувати дії В.І. Шередекіна варто, інкримінуючи йому таку обтяжуючу обставину, як вимагання хабара. Якщо ж виходити з того, що В.В. Ковальов шляхом давання хабара намагався задовольнити свої незаконні інтереси (уникнути відповідальності за порушення митних правил), то кримінально-правова оцінка дій В.І. Шередекіна повинна бути іншою – з обвинувачення підлягає виключенню така кваліфікуюча ознака одержання хабара, як його вимагання.

У судових рішеннях, які порівнюються, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь дають підстави вважати, що вони загалом є подібними до розглядуваного казусу. Разом з тим висновок про неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону можна зробити, лише точно з'ясувавши, шкода для яких саме інтересів В.В. Ковальова (законних чи ні) могла настати, якби він не дав хабара.

Стосовно проблеми належного суб'єкта вчиненого злочину, то В.І. Шередекін піддає сумніву той факт, що він є службовою особою, а отже, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК України. Однак насправді це питання розв'язане в усіх наданих для дослідження судових рішеннях відповідно до вимог закону. Так, як справедливо установив суд, працівник митної варті є щонайменше представником влади. У цьому сенсі порівнювані рішення (додатки 12 і 13) не є подібними до справи В.І. Шередекіна, адже в них йдеться про інші ознаки службової особи.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО В.О. ТОВСТОРОГА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 2 СТ. 307 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Б.М. ПОШВИ ВІД 16 ЛИПНЯ 2015 Р.¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

Із заяви В.О. Товсторога про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 26 березня 2015 р. випливає, що ця особа вважає кримінальну справу з обвинувачення її у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справами, розглянутими касаційними інстанціями 30 жовтня 2012 р. та 15 січня 2013 р. На думку засудженого, суд, на відміну від прийнятих у зазначених справах рішень, не встановив у діях працівників міліції, які виявили вчинений злочин, ознак його провокації. В обґрунтування своєї думки В.О. Товсторог посилається на рішення ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р.

Вивчення поданих для ознайомлення матеріалів (серед яких, на жаль, відсутні вирок Вінницького міського суду від 15 листопада 2012 р. про засудження В.О. Товсторога за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, та ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 03 лютого 2014 року щодо цього вироку), дозволяє констатувати, що засуджений повторно вчинив незаконний збут гр-ці Воловик Ю.О. особливо небезпечний наркотичний засіб.

У зазначеному рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р. суд, розмірковуючи з питання про застосування неправомірної провокації, зазначає таке: потрібно розмежовувати справи, у яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих справ, де підозрюваний уже мав намір вчинити злочин.

У національному законодавстві відмежування провокації злочину від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття злочинів, здійснюється на подібних засадах. Вважається, що при провокації злочину винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття. При проведенні ж правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль правоохоронних органів беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на відповідний об'єкт кримінально-правової охорони. Критерієм відмежування правомірних дій правоохоронців від провокаційної поведінки в процесі виявлення тих, хто вчиняє злочин, визнаються ініціативні дії з боку останніх, зафіксовані одним із способів, передбачених законодавством. Тому проведення оперативно-розшукових заходів у подібних випадках є не провокацією; такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти.

Отже, виявлення і документування ознак злочинів треба вважати правомірною оперативно-розшуковою діяльністю, яка відрізняється від провокації злочину, за умови, що має місце конкретна інформація. Якщо чітко вираженої і зафіксованої ініціативи з боку відповідної особи вчинити злочин немає, а працівники правоохоронних органів лише припускають, що ця особа може це вчинити, підстав для проведення оперативно-розшукових заходів згідно з чинним законодавством не вбачається. Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В.В. Навроцька справедливо зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість ймовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів (див.: Навроцька В.В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 4. – С. 236).

Підтвердження викладеному вище – контроль за вчиненням злочину як негласна слідча (розшукова) дія (ст. 271 КПК України), суть якої полягає в тому, що за наявності достатніх даних про готування тяжкого чи особливо тяжкого злочину чи якщо такий злочин фактично вже вчиняється, за рішенням прокурора може проводитися контроль за розвитком зазначених злочинних дій з метою їхнього повного виявлення, установлення всіх учасників злочину, його документування та припинення, зокрема у формах спеціального слідчого експерименту та імітування обстановки злочину. При цьому ч. 3 ст. 271 КПК України забороняє під час підготовки та проведення вказаної негласної слідчої (розшукової) дії провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем.

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

Резюмуючи сказане, треба зазначити, що у випадку наявності у працівників міліції конкретної інформації щодо здійснюваної засудженим злочинної діяльності зі збуту наркотичних засобів, їхні дії із викриття цієї діяльності з використанням контролю за вчиненням злочину можна вважати правомірними. У разі ж, якщо правоохоронці такої інформації не мали, а вплинули на поведінку В.О. Товсторога за власної ініціативи, зумовивши вчинення ним злочину, то є підстави констатувати наявність провокації злочину. Через відсутність зазначених вище процесуальних документів зробити остаточний висновок про те, чи мала місце в аналізованій ситуації провокація злочину, видається неможливим.

При цьому треба враховувати, що особа, яка вчинила злочин унаслідок вчинення щодо неї провокації, згідно з чинним КК України в будь-якому разі підлягає кримінальній відповідальності. У юридичній літературі з цього приводу зустрічаються різні пропозиції. Так, підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О.І. Альошина ініціює доповнення ч. 1 ст. 66 КК України обставиною, яка пом'якшує покарання, у виді вчинення спровокованого злочину. Підтримуючи таку пропозицію, В.В. Навроцька слушно зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину.

У поданих для порівняння ухвалах ВССУ, на відміну від справи щодо В.О. Товсторога, з урахуванням фактично встановлених обставин (наприклад, в ухвалі ВССУ від 30 жовтня 2012 р. суд визначив, що в матеріалах справи відсутні буд-які дані, які свідчили б про те, що особа вчинила би збут психотропних речовин без втручання працівників міліції) констатовано наявність ознак спровокованих злочинів.

ВИСНОВОК У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО Б.В. ПЕНЧУКА, ЗАСУДЖЕНОГО ЗА Ч. 2 СТ. 383 КК УКРАЇНИ, НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВСУ Г.В. КАНИГІНОЇ ВІД 23 КВІТНЯ 2012 Р.

Ознайомлення з наданими процесуальними документами дозволяє висловити такі міркування.

Як вид звільнення від відбування покарання амністія не ставить під сумнів законність та обґрунтованість винесеного обвинувального вироку. У розглядуваній ситуації – це вирок Ворошиловського районного суду м. Донецька із змінами, внесеними у тому числі ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, на підставі чого Б.В. Пенчук засуджений за ч. 2 ст. 383 КК України до чотирьох років позбавлення волі.

На запитання, чи визначається момент закінчення злочину при вирішенні питання про застосування амністії, слід, поза всяким сумнівом, давати ствердну відповідь. Адже відповідно до ст. 5 Закону України «Про застосування амністії» дія закону про амністію (за винятком умовної амністії) поширюється лише на ті злочини, які вчинені до набрання цим законом чинності включно, і не поширюється на триваючі або продовжувані злочини, якщо вони закінчені, припинені або перервані після набрання законом про амністію чинності. До речі, це саме говориться і в ст. 13 Закону України від 31 травня 2005 р. «Про амністію», питання про застосування якого підлягає вирішенню стосовно Б.В. Пенчука.

Важливим з точки зору можливості застосування вказаного Закону щодо Б.В. Пенчука є питання, з якого моменту скоєне ним завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане з обвинуваченням особи у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину та із штучним створенням доказів обвинувачення, вважається закінченим злочином. У кримінально-правовій літературі (див.: наприклад: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С.Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 750; Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В.Баулін, В.І.Борисов, С.Б.Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – Вид. третє, переробл. та доповн. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2006. – С. 1046; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1118; Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / В.І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький та ін.; за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. – С. 71; Бриллиантов А. В., Косевич Н. Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 182) загальноновизнаним та усталеним є положення про те, що злочин, передбачений ст. 383 КК України, як злочин із формальним складом є закінченим з моменту надходження неправдивого повідомлення про злочин до державного органу, зазначеного у частині 1 цієї статті КК, незалежно від порушення кримінальної справи, прийнятих у ній рішень, а так само від того, чи притягнуто до кримінальної відповідальності неправдиво звинувачену особу.

Як це впливає з ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 23 лютого 2010 р., 15 березня 2005 р. Б.В. Пенчук прибув у приміщення ГУБОЗ МВС України, де, будучи попередженим про кримінальну відповідальність за ст. 383 КК України, звернувся до органу дізнання в особі старшого оперуповноваженого в особливо важливих справах В.І. Колеснікова і зробив письмову заяву на ім'я заступника Міністра внутрішніх справ України Г.Г. Москаля про начебто вчинення Б.В. Колесніковим у 2002 р. злочинів щодо нього – Б.В. Пенчука, його батька та членів його родини. Саме з цього моменту завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, скоєне Б.В. Пенчуком, слід визнати закінченим злочином. Та обставина, що Б.В. Пенчук, визнаний потерпілим у кримінальній справі, порушеній щодо Б.В. Колеснікова, давав завідомо неправдиві показання після 15 березня 2005 р. (останній раз це мало місце 14 червня 2006 р. під час допиту у Генеральній прокуратурі України), у жодному разі не свідчить про продовжуваний або триваючий характер злочину, передбаченого ст. 383 КК України, і не впливає на момент закінчення злочину, вчиненого Б.В. Пенчуком.

Фактично вказана поведінка Б.В. Пенчука після 15 березня 2005 р. утворює склад іншого, самостійного злочину проти правосуддя – передбаченого ч. 3 ст. 384 КК України «Завідомо неправдиве показання». Однак з урахуванням пануючого у кримінально-правовій доктрині підходу (див., наприклад: Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Изд-во р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 304–305) все вчинене у такій ситуації охоплюється диспозицією ст. 383 КК і додаткової кваліфікації за ст. 384 КК України не потребує. Тому ст. 384 КК України була не інкримінована засудженому цілком обґрунтовано.

З огляду на викладене, не можна погодитись з висновком колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, викладеним в ухвалі

від 1 грудня 2011 р., про те, що караний за ст. 383 КК України злочин проти правосуддя Б.В. Пенчук вчинив «в період часу з березня 2005 р. до середини червня 2006 р. ...». Відповідно, я не поділяю твердження колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про правильність рішення апеляційного суду не застосовувати щодо Б.В. Пенчука Закон України від 31 травня 2005 р. «Про амністію».

Взагалі причини незастосування амністії щодо цього засудженого, вказані у винесених у судових рішеннях – починаючи з постанови Обухівського районного суду від 28 грудня 2010 р. і закінчуючи ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 грудня 2011 р., видаються надуманими і такими, що суперечать чинному законодавству.

БІБЛІОГРАФІЯ

Монографії, вибрані праці, інші комплексні наукові роботи

Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – 924 с.

Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: монографія. – К.: Істина, 2006. – 648 с.

Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 400 с.

Дудоров О.О. 1.4.1. Поняття злочину. Класифікація злочинів. 1.6.2. Злочини у сфері господарської діяльності. 1.6.3. Злочини проти громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту (у співавторстві з Д.О. Калмиком). 1.6.4. Злочини проти громадського порядку та моральності (у співавторстві з Д.О. Калмиком). 1.6.5. Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку (у співавторстві з М.В. Карчевським) // Правова доктрина України (у 5 томах). Том 5. – Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. За заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. – Х.: Право, 2013. – С. 131–149, 370–408.

Дудоров О. Кримінальна відповідальність: поняття, підстави, реалізація // Відповідальність у публічному праві : монографія / П. Андрушко, І. Безклубий, А. Берлач та ін.; за заг. ред. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2014. – С. 9–45.

Дудоров О.О., Омеляненко М.І., Сабадаш В.П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації: монографія. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2014. – 360 с.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Протидія відмиванню «брудного» майна: європейські стандарти та Кримінальний кодекс України: монографія. – К.: Ваіте, 2015. – 391 с.

Дудоров О.О., Комарницький М.В., Калмик Д.О. Кримінальна відповідальність за незаконне видобування корисних копалин в Україні: монографія / за ред. О.О. Дудорова, В.М. Комарницького. – РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2016. – 567 с.

Підручники, навчальні посібники, коментарі законів

Дудоров О.О. Посадові злочини. Методичні вказівки до вивчення глави Особливої частини КК України. – Бердянськ: АРІУ, 1997. – 43 С.

Дудоров О.О. Відповідальність за злочини проти власності: навч. посібник. – Бердянськ: АРІУ при ЗДУ. – 2000. – 148 с.

Дудоров О.О. Відповідальність за злочини проти довкілля: науково-практичний коментар розділу VIII Особливої частини нового КК України. – Бердянськ: АРІУ при ЗДУ. – 2000. – 83 с.

Дудоров О.О., Мельник М.І., Хавронюк М.І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / за ред. Хавронюка М.І. – К.: Атіка, 2001. – 608 с.

Дудоров О.О. Глава XV. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Відп. ред. Я.Ю. Кондратьєв. Наук. ред. М.І. Мельник і В.А. Клименко. – К.: Правові джерела, 2002. – С. 254–279.

Дудоров О.О., Каменський Д.В. Кримінальне право України. Особлива частина. Завдання до практичних занять. – Бердянськ: АУІТ «АРІУ», 2005. – 246 С.

Дудоров А.А. Освобождение от уголовной ответственности // Уголовное право Украины: Общая часть. Учебник / отв. ред. Кондратьев Я.Ю. – К.: Атика, 2002. – С. 264–291.

Дудоров О.О. Глава VI. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Глава IX. Злочини у сфері господарської діяльності // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. Ю.В.Александров, О.О.Дудоров, В.А.Клименко та ін. / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 89–104, 193–266.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201

(у співавторстві з М.І.Хавронюком), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Кантон, А.С.К., 2001. – С. 56–66, 131–142, 306–317, 324–331, 358–372, 508–535, 538–569, 572–578, 588–594, 608–612, 619–625, 627–674.

Дудоров А.А. Преступление и его виды (комментарий к ст. ст. 13–17). Освобождение от уголовной ответственности. Преступление против жизни и здоровья личности (комментарий к ст. ст. 130–134, 138–140). Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности. Преступления в сфере хозяйственной деятельности (комментарий к ст. ст. 201 (в соавторстве с Н.И. Хавронюком), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Преступления против окружающей среды // Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 года / под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – К.: Кантон, А.С.К., 2002. – С. 61–72, 143–154, 326–338, 345–352, 383–392, 547–578, 581–616, 619–626, 637–642, 658–662, 669–676, 678–728.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з М.І. Хавронюком), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид. переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 51–61, 117–127, 281–291, 297–303, 332–344, 468–495, 498–533, 535–540, 548–553, 570–575, 579–584, 585–630.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з М.І. Хавронюком), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 4-тє вид. переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – С. 55–66, 123–136, 299–310, 316–323, 354–368, 518–555, 558–611, 613–620, 628–634, 653–659, 664–671, 673–727.

Дудоров О.О. Коментар статей 209 і 209-1 Кримінального кодексу України // Протидія відмиванню доходів, здобутих злочинним шляхом. Збірник нормативно-правових актів, міжнародних документів, коментарі. – К.: Атіка, 2003. – С. 203–244.

Дудоров О.О. Глава XV. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Вид. 3-тє, переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 207–229.

Дудоров О.О. Тема 17. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право в запитаннях і відповідях. Загальна частина. Посібник для підготовки до іспитів / За ред. В.А.Клименка. – К.: Атіка, 2003. – С. 153–179.

Дудоров О.О. Глава VI. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Глава IX. Злочини у сфері господарської діяльності // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. Вид. 2-ге, переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2008. – С. 88–105, 214–300.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини проти власності (коментар до ст. 197-1, у співавторстві з Мельником М.І.). Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з Хавронюком М.І.), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля. Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (коментар до ст. ст. 348, 350, 356–358, 360). Злочини проти правосуддя (коментар до ст. 388) // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 5-тє вид., переробл. та доповн. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 55–66, 123–137, 194–198, 300–312, 318–325, 356–371, 513–520, 530–568, 571–625, 628–635, 643–650, 668–675, 680–686, 688–744, 941–942, 943–945, 955–964, 967–968, 1029–1033.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Звільнення від покарання та його відбування (коментар до ст. ст. 85–87, у співавторстві з А.М. Бойком). Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини проти власності (коментар до ст. 188-1, ст. 197-1, у співавторстві з Мельником М.І.). Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з Хавронюком М.І.), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля. Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (коментар до ст. ст. 348, 350, 356–358, 360). Злочини проти правосуддя (коментар до ст. 388) // Науково-практичний коментар

Кримінального кодексу України. – 6-те вид., переробл. та доповн. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2009. – С. 57–68, 125–139, 200–204, 308–320, 327–334, 365–382, 494–498, 543–582, 585–639, 641–648, 657–669, 682–688, 693–757, 956–958, 959–961, 970–980, 982–984, 1045–1050.

Дудоров О.О. Глава V. Кримінальна відповідальність (у співавторстві з В.І. Осадчим). Глава VIII. Об'єктивна сторона складу злочину (у співавторстві з М.В. Володьком). Глава XV. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько, О.О. Дудоров та ін. За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 5-те вид., переробл. та допов. – К.: Атіка, 2009. – С. 63–73, 101–125, 245–272.

Дудоров О.О. Глава VI. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Глава IX. Злочини у сфері господарської діяльності // Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. 3-тє вид., переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2009. – С. 94–114, 221–325.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Звільнення від покарання та його відбування (коментар до ст. ст. 85–87, у співавторстві з А.М. Бойком). Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини проти власності (коментар до ст. 188-1, ст. 197-1, у співавторстві з Мельником М.І.). Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з Хавронюком М.І.), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Злочини проти довкілля. Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (коментар до ст. ст. 348, 350, 356–358, 360). Злочини проти правосуддя (коментар до ст. 388) // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 60–72, 129–143, 205–209, 313–326, 333–341, 375–393, 508–513, 540–549, 560–602, 605–660, 663–670, 679–686, 711–718, 726–734, 735–801, 1006–1008, 1009–1011, 1021–1030, 1033–1034, 1101–1107.

Дудоров А.А. Преступление, его виды и стадии (комментарий к ст. ст. 13–17). Освобождение от уголовной ответственности. Освобождение от наказания и его отбывания (комментарий к ст. ст. 85–87, в соавторстве с Бойком А.М.). Преступления против жизни и здоровья личности (комментарий к ст. ст. 130–134, 138–140). Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности. Преступления против собственности (комментарий к ст. 188-1, ст. 197-1, в соавторстве с Мельником Н.И.). Преступления в сфере хозяйственной деятельности (комментарий к ст. 201 (в соавторстве с Хавронюком Н.И.), 202–205, 207–213, 215, 216, 222, 229, 233, 235). Преступления против окружающей среды. Преступления против органов государственной власти, органов местного самоуправления и объединений граждан (комментарий к ст. ст. 348, 350, 356–358, 360). Преступления против правосудия (комментарий к ст. 388) // Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Украины / под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. – 8-е изд., перераб. и доп. – Х.: Фактор, 2011. – С. 62–74, 132–146, 206–210, 313–324, 332–340, 375–393, 506–512, 539–548, 558–600, 603–658, 660–668, 676–684, 709–716, 724–732, 733–799, 1002–1004, 1005–1007, 1017–1027, 1029–1030, 1097–1103.

Дудоров О.О. § 6 глави 10. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: основні підходи до проблеми (у співавторстві з В.О. Гацелюком). § 8 глави 10. Помилка та її кримінально-правове значення (у співавторстві з Ю.Г. Старовойтовою). Глава 11. Стадії вчинення злочину. Глава 16. Кримінальна відповідальність. Глава 17. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 339–360, С. 389–464, 700–814.

Дудоров О.О. Звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальне право України (Загальна частина): підручник; за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х.: вид-во ХНУВС, 2011. – С. 220–249.

Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (у співавторстві з Ю.А. Вапсвою). Злочини у сфері господарської діяльності (у співавторстві з О.О. Книженко) // Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за заг. ред. О.М. Литвинова. – Харків: вид-во ХНУВС, 2011. – С. 102–129, 193–258.

Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 352 с.

Дудоров О.О. Злочин, його види та стадії (коментар до ст. ст. 13–17). Звільнення від кримінальної відповідальності. Звільнення від покарання та його відбування (коментар до ст. ст. 85–87, у співавторстві з А.М. Бойком). Злочини проти життя та здоров'я особи (коментар до ст. ст. 130–134, 138–140). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Злочини проти власності (коментар до ст. 188-1, ст. 197-1, у співавторстві з Мельником М.І.). Злочини у сфері господарської діяльності (коментар до ст. ст. 201 (у співавторстві з Хавронюком М.І.), 203-1, 203-2, 204, 205, 209–213, 216, 222, 229, 233). Злочини проти довкілля. Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (коментар до ст. ст. 348, 350, 356–358, 360). Злочини проти правосуддя (коментар до ст. 388) // Науково-практичний коментар

Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 64–78, 136–152, 215–219, 322–335, 342–352, 386–406, 522–527, 554–564, 575–604, 607–664, 666–675, 693–700, 710–782, 1001–1002, 1004–1006, 1015–1029, 1032–1033, 1125–1132.

Дудоров О.О. Глава 6. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Глава 9. Злочини у сфері господарської діяльності (у співавторстві з С.Р. Тагієвим). Глава 10. Злочини проти довкілля (у співавторстві з В.М. Комарницьким і Д.В. Каменським) // Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 158–221, 445–685, 686–779.

Дудоров О.О. Глава 12. Злочини проти безпеки виробництва (у співавторстві з Р.О. Мовчаном). Параграф 5 глави 17. Злочини, що посягають на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян в частині встановленого законодавством порядку обігу та використання документів, печаток, штампів, бланків, спеціальних технічних засобів отримання інформації та ліній зв'язку (у співавторстві з Г.Є. Болдарь). Глава 19. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (у співавторстві з Г.М. Зеленовим) // Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. – Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. – С. 73–106, 341–357, 392–505.

Дудоров О.О. Розділ 4. Кримінальна відповідальність. Розділ 6. Об'єктивна сторона злочину. Розділ 9. Стадії вчинення злочину. Розділ 12. Множинність злочинів. Розділ 14. Призначення покарання. Розділ 15. Звільнення від кримінальної відповідальності // Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 127–152, 180–217, 305–341, 431–473, 503–609.

Глава 5. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Глава 8. Злочини у сфері господарської діяльності. Глава 9. Злочини проти довкілля (у співавторстві з В.М. Комарницьким і Д.В. Каменським). Глава 11. Злочини проти безпеки виробництва (у співавторстві з Р.О. Мовчаном). § 5 глави 16. Злочини, що посягають на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян в частині встановленого законодавством порядку обігу та використання документів, печаток, штампів, бланків, спеціальних технічних засобів отримання інформації та ліній зв'язку (у співавторстві з Г.Є. Болдарь). Глава 18. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (у співавторстві з Г.М. Зеленовим) // Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – 2-ге вид. – К.: «ВД «Дакор», 2013. – С. 125–155, 276–393, 431–449, 568–585, 618–670.

Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: практичний посібник / О.О. Дудоров, Д.В. Каменський, В.М. Комарницький, М.В. Комарницький, Р.О. Мовчан / за ред. О.О. Дудорова. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 С.

Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право. Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К.: Баїте, 2014. – 944 с.

Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка – К.: ВД «Дакор», 2016. – 496 С.

Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2017. – 522 с.

Статті в журналах і газетах

Дудоров О.О. До питання про поняття службової особи як суб'єкта службових злочинів // Вісник Київського університету. Серія: Юридичні науки. Вип. 32. – 1993. – С. 88–93.

Дудоров О.О. Кваліфікація одержання хабара, поєднаного з вимагательством // Право України. – 1994. – № 5–6. – С. 34–37.

Дудоров О.О. Корупція. Варіації на теми хабарництва // Віче. – 1994 – № 8. – С. 51–54.

Дудоров А.А. Предприниматель как должностное лицо? Сомневаюсь... // Коммерсант Украины. – Июль 1994 г. – № 25 (47).

Дудоров О.О. Деякі питання кваліфікації одержання хабара за попереднім зговором групою осіб // Ерліхівський збірник. Випуск 1 (Наукові статті викладачів, аспірантів та співробітників юридичних факультетів Чернівецького і Київського університетів), м. Чернівці. – 1994. – С. 122–126.

Дудоров О.О. Посадові особи недержавних підприємницьких структур і суб'єкт службових злочинів // Ерліхівський збірник. Випуск 1. (Наукові статті викладачів, аспірантів та співробітників юридичних факультетів Чернівецького і Київського університетів), м. Чернівці. – 1994. – С. 129–134.

Дудоров О.О. Податкова політика. Паритет інтересів // Віче. – 1996. – № 10. – С. 21–29.

Дудоров О.О. Деякі питання кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків // Вісник Запорізького юридичного інституту МВС України. – 1997. – № 2. – С. 63–72.

- Дудоров О.О. Актуальне дослідження проблем корупції // Віче. – 1997. – № 6. – С.156–159.
- Дудоров А.А. Уголовно-правовая защита налоговой системы Украины. К вопросу о новеллах // Бизнес Информ. – 1997. – № 18. – С.16–18.
- Дудоров А.А. Вопросы уголовного права в романах И. Ильфа и Е.Петрова «Двенадцать стульев» и «Золотой теленок» // Актуальні питання слов'янської філології. Міжвуз. збірник наук. статей. Вип. 3. – Київ-Бердянськ. – 1997. – С. 137–142.
- Дудоров А.А., Дудорова Е.Б. Вопросы правового регулирования лизинга в предпринимательской деятельности // Реформирование хозяйственных комплексов городов Украины: сб. науч. тр. / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. – Донецк, 1997. – С. 136–143.
- Дудоров О.О., Братасюк В. Проблемні питання кримінальної відповідальності за порушення правил про валютні операції // Наукові записки Тернопільського державного педагогічного університету. Серія: Історія. Вип.6. – Тернопіль. – 1997. – С. 136–144.
- Дудоров О.О. Чи спливуть «брудні гроші» на поверхню. Легалізація злочинних прибутків: проблеми кримінально-правової протидії // Віче. – 1998. – № 1. – С. 70–80.
- Дудоров О.О. Правозастосовчий механізм Європейської конвенції з прав людини: тенденції розвитку // Наукові записки Тернопільського держ. пед. ун-ту ім. Володимира Гнатюка. Сер. 10. – 1998. – № 1. – С. 31–35.
- Дудоров О.О., Мойсик В.Р. Порівняльно-правовий аналіз законодавства США та України про відповідальність за ухилення від сплати податків // Адвокат. – 1998. – № 2. – С. 12–17.
- Дудоров О. Кримінальне переслідування за ухилення від сплати податків за законодавством США // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 2. – С. 28–33.
- Дудоров А.А. Управленческий аппарат предпринимательских структур и субъект должностных преступлений // Бизнес Информ. – 1998. – № 2. – С. 25–29.
- Дудоров О. Спільні питання кваліфікації ухилення від сплати податків у судовій практиці // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 2. – С. 132–140.
- Дудоров О. До проблеми криміналізації «відмивання брудних грошей» // Економіка. Фінанси. Право. – 1998. – № 3. – С. 48–59.
- Дудоров О.О. Податкова злочинність і кримінальний закон: проблеми відповідальності // Економічний часопис. – 1998. – № 3. – С. 49–52.
- Дудоров О. Особливості відповідальності посадових осіб підприємств за кримінально карані порушення податкового законодавства // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 4. – С. 11–14.
- Дудоров О. Оподаткування нелегальних прибутків: кримінально-правовий аспект проблеми // Економіка. Фінанси. Право. – 1998. – № 5. – С. 17–20.
- Дудоров А., Дудорова Е. Сделки с недвижимостью на биржах: вопросы гражданско-правового и налогового регулирования // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 5. – С. 27–29; № 6. – С.15–17.
- Дудоров О. Встановлення суб'єктивних ознак ухилення від сплати податків у правозастосовчій практиці // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 7 – С. 18–22.
- Дудоров А.А. Взятка в бизнесе: опыт зарубежного законодателя // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 8. – С. 23–27.
- Дудоров О. Суб'єктивна сторона ухилення від сплати податків: питання теорії та судової практики // Юридичний вісник України. – 26 лютого – 4 березня 1998 р. – № 9.
- Дудоров О.О. Кримінально-правові аспекти валютного регулювання // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – № 11. – С. 33–38.
- Дудоров О. Ухилення від сплати податків: момент закінчення злочину // Закон і бізнес. – 18 березня 1998 р. – № 11.
- Дудоров О. Кримінально-правове поняття посадової особи потребує вдосконалення // Закон і бізнес. – 13 травня 1998 р. – № 19.
- Дудоров О. Конфлікт інтересів: кримінально-правовий та історичний аспекти проблеми // Юридичний вісник України. – 1998 р. – № 20.
- Дудоров О. Відповідальність за «відмивання» нелегальних прибутків як конвенційний злочин: шляхи вдосконалення кримінального та фінансового законодавства // Юридичний вісник України. – 27 серпня – 2 вересня 1998 р. – № 35; 3 вересня – 10 вересня 1998 р. – № 36.
- Дудоров А. Проблемы уголовного наказания в произведениях Ф.М. Достоевского // Сучасна інтерпретація художніх творів Ф.М. Достоевського. Міжвузівський збірник наук. праць. – Київ-Бердянськ. – 1998. – С. 17–22.

Дудоров О.О. Доходи і витрати у законодавчому контексті // Віче. – 1999 – № 1 – С. 41–51.

Дудоров А., Дудорова Е. Контроль за соответствием доходов и расходов налогоплательщиков: постановка проблемы, анализ законодательства Российской Федерации // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 1. – С. 8–13.

Дудоров О. Контрабанда: кримінально-правова характеристика, шляхи вдосконалення законодавства // Юридичний вісник України. – 7–13 січня 1999 р. – № 1.

Дудоров О. Кримінальне переслідування податкових злочинів (за законодавством Федеративної Республіки Німеччини) // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 2. – С. 26–30; № 3. – С. 45–51.

Дудоров О.О. Правова преюдиція і кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків // Юридический вестник (Одесса). – 1999. – № 2. – С. 105–110.

Дудоров О.О. Проблема юридичної особи як суб'єкта злочину та її вирішення у проектах КК України // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 2. – С. 133–141.

Дудоров О., Хавронюк М. Сьогодні і завтра валютної виручки // Віче. – 1999. – № 3. – С. 52–63.

Дудоров О. Кримінальний кодекс України 1927 року про відповідальність за злочини, пов'язані з оподаткуванням // Право України. – 1999. – № 4. – С. 116–120.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Фіктивне підприємництво: кримінально-правова характеристика, вплив на оподаткування // Економіка. Фінанси. Право. – 1999. – № 4. – С. 19–23.

Дудоров О.О., Мойсик В.Р. Шахрайство з фінансовими ресурсами і суміжні склади злочинів: спірні питання кваліфікації // Адвокат. – 1999. – № 4. – С. 5–11.

Дудоров О., Богушко О. Шахрайство з фінансовими ресурсами: врахування банківської специфіки при кваліфікації злочину // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 6. – С. 38–43; № 7. – С. 48–52

Дудоров О., Калінін р. Підприємство на лаві підсудних: досвід зарубіжного законодавця // Юридичний вісник України. – 1–7 квітня 1999 р. – № 13.

Дудоров О. Відповідальність за посадові злочини у сфері оподаткування: питання кваліфікації та вдосконалення законодавства // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 12. – С. 19–24; 2000. – № 1. – С. 32–39.

Дудоров О.О. Злочини, пов'язані з банкрутством: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 1. – С. 154–166.

Дудоров О., Пшеничний І. Звільнення від фінансових санкцій у податковому законодавстві і добровільна відмова від доведення податкового злочину до кінця у кримінальному законодавстві // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 4. – С. 47–51; № 5. – С. 57–63.

Дудоров О. Теоретичні питання звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів у зв'язку із закінченням строків давності (з погляду проекту нового КК України) // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 7. – С. 39–44.

Дудоров О., Богушко О. Злочини, пов'язані з банкрутством: кримінально-правова характеристика, вдосконалення законодавства // Юридичний вісник України. – 20–26 липня 2000 р. – № 29.

Дудоров О. Порнографія і кримінальний закон: питання кваліфікації, проблеми вдосконалення законодавства // Юридичний вісник України. – 7–13 грудня 2000 р.

Дудоров О. Перша монографія про кваліфікацію податкових злочинів (рецензія) // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2001. – № 1. – С. 87–90.

Дудоров О. Кримінально-правова оцінка незаконного використання податкових пільг // Вісник ЗДУ (юридичні науки). – 2001. – № 1. – С. 103–107.

Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність за приховування валютної виручки у чинному законодавстві і проекті Кримінального кодексу України // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. – 2001. – № 1. – С. 178–188.

Дудоров О. Про криміналізацію незаконних дій у разі банкрутства // Вісник прокуратури. – 2001. – № 2. – С. 30–39.

Дудоров О. Законодавство Греції про податки та відповідальність за податкові правопорушення // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 3. – С. 81–84; № 4. – С. 77–82.

Дудоров О. Кримінально-правовий досвід Нової Зеландії у питанні протидії податковій злочинності // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 5. – С. 87–90.

Дудоров О., Сьомик А. Особливості вчинення податкових злочинів у сфері електроенергетики // Вісник прокуратури. – 2001. – № 6. – С. 41–49.

Дудоров О.О., Свириденко Т.В. До питання про співвідношення контрабанди та ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Митна справа. – 2002. – № 1. – С. 15–26.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Кримінальна відповідальність за незаконне використання товарного знаку: науково-практичний коментар ст. 229 КК, питання вдосконалення законодавства // Науковий вісник Юридичної академії МВС України. – 2002. – № 1. – С. 108–116.

Дудоров О.О. Порушення законодавства про бюджетну систему: проблеми кваліфікації злочину // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 2. – С. 145–157.

Дудоров О. Тлумачення ознак фіктивного підприємництва у доктрині і правозастосовчій практиці // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 2. – С. 83–87; № 3. – С. 71–74.

Дудоров О. «Брудні» кошти під забороною кримінального закону (рецензія) // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 4. – С. 120–121.

Дудоров О.О. Протидії корупції – наукове обґрунтування (рецензія) // Віче. – 2002. – № 5. – С. 76–77.

Дудоров О. Способи контрабанди: кримінально-правова характеристика // Митна справа. – 2002. – № 6. – С. 97–107.

Дудоров О. Співвідношення ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів та шахрайства з фінансовими ресурсами // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 101–104; № 8. – С. 103–106.

Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України. Спецвипуск. Частина 1. – 2002. – С. 21–26.

Дудоров О. Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті: проблемні питання визначення предмета злочину // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 1. – С. 107–112.

Дудоров О. Визначення підакцизних товарів як предмета злочину // Вісник прокуратури. – 2003. – № 1. – С. 28–35.

Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика порушення антимонопольного законодавства // Вісник Запорізького державного університету. Юридичні науки. – 2003. – № 1. – С. 139–144.

Дудоров О. Відповідальність за кримінально карані дії з підакцизними товарами // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України. – 2003. – № 2. – С. 57–72.

Дудоров О. Заохочувальна норма, передбачена частиною 4 статті 212 Кримінального кодексу України: до питання про запровадження, тлумачення і застосування // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 2. – С. 73–78.

Дудоров О. Система оподаткування України: необхідність кримінально-правової охорони // Право України. – 2003. – № 3. – С. 60–65.

Дудоров О. Поняття «зміна обстановки» у справах про кримінально карані порушення податкового законодавства // Вісник прокуратури. – 2003. – № 5. – С. 60–68.

Дудоров О., Каменський Д. Відповідальність за неподання податкової декларації і навмисну несплату податків за федеральним законодавством США // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 6. – С. 58–62.

Дудоров О.О. Міжнародно-правові стандарти у сфері протидії відмиванню злочинних доходів і ст. 209 КК України // Держава і право. Збірник наук. праць. Спецвипуск. – К., Дніпропетровськ, 2003. – С. 309–313.

Дудоров О. Про вплив скасування податку чи збору на відповідальність за ст. 212 КК України // Вісник прокуратури. – 2003. – № 9. – С. 29–35.

Дудоров О. Непрямі методи оподаткування і кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 7. – С. 93–97; № 8. – С. 81–84.

Дудоров О. Порушення порядку здійснення операцій з активами, які перебувають у податковій заставі. Питання кримінально-правової оцінки та вдосконалення законодавства // Вісник прокуратури. – 2003. – № 12. – С. 59–65.

Дудоров О. Вкрав, сплатив податки – в тюрму! Романтика... // Український юрист. – 2003. – № 12. – С. 29–33.

Дудоров О. Кримінально-правова оцінка зловживань податкових агентів // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С. 103–108.

Дудоров О. Діяння у складі злочину, передбаченому ст. 212 Кримінального кодексу України: проблеми тлумачення і вдосконалення законодавства // Життя і право. – 2004. – № 3. – С. 66–72.

Дудоров О. Законодавство про оподаткування злочинних доходів: сучасний стан і перспективи, вплив на застосування статті 212 Кримінального кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2004. – № 3. – С. 30–46.

Дудоров О. Про кримінально-правовий статус позаштатного бухгалтера // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 5. – С. 106–112.

Дудоров О., Каменський Д. Законодавство США про кримінальну відповідальність за ухилення від оподаткування // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. Вип.1. – Луганськ, 2004. – С. 53–60.

Дудоров О.О. Безпідставне відшкодування податку на додану вартість: проблеми кримінально-правової протидії // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ / Редкол.: О.Ф. Штанько (голов. ред.) та ін. – К.: КІВС, 2004. – № 9. – С. 126–133.

Дудоров О.О. Шахрайство з фінансовими ресурсами як злочин проти системи оподаткування: проблеми застосування і вдосконалення ст. 222 Кримінального кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2004. – № 11. – С. 22–54.

Дудоров О. Проблеми застосування і вдосконалення кримінально-правового компромісу у сфері оподаткування // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 12. – С. 64–76.

Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Юридична енциклопедія. 6 том. Т.–Я / Шемшученко Ю.С. (голова редколегії). – К.: Вид-во «Укр. енциклопедія імені М.П. Бажана», 2004. – С. 239–240.

Дудоров О.О. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом // Юридична енциклопедія. 6 том. Т.–Я / Шемшученко Ю.С. (голова редколегії). – К.: Вид-во «Укр. енциклопедія імені М.П. Бажана», 2004. – С. 637–638.

Мельник М., Дудоров О. Змістовне дослідження адміністративного примусу у публічному праві України (рецензія) // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 1. – С. 149.

Дудоров О. Діяння у складі злочину, передбаченому ст. 212 КК: проблеми тлумачення і вдосконалення законодавства // Науковий вісник Львівського юридичного інституту МВС України. – 2004. – № 2 (додаток 2). – С. 85–95.

Дудоров О. Конфлікт інтересів, податкові роз'яснення та їх кримінально-правове значення // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 1. – С. 84–99.

Дудоров О. Кримінально-правовий компроміс у сфері оподаткування: зарубіжний досвід // Право України. – 2005. – № 3. – С. 139–143.

Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика фіктивного підприємництва як злочинного посягання на систему оподаткування // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 4. – С. 43–91.

Дудоров О. Фіктивне управління суб'єктом господарювання у механізмі злочинного ухилення від оподаткування: проблеми кримінально-правової кваліфікації // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 5. – С. 127–132.

Дудоров О.О. Доктринальне і судове тлумачення кримінально-правового поняття «зміна обстановки» (на прикладі злочинного ухилення від оподаткування) // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 6. – С. 26–61.

Дудоров О.О. Фіктивне підприємництво: вдосконалення кримінально-правової норми // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС ім. 10-річчя незалежності України. Вип. 2. – Луганськ, 2005. – С. 5–13.

Дудоров О. Кримінально-правове значення переплати податкових платежів // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 9. – С. 129–134.

Дудоров О.О. Історичний досвід регламентації кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з оподаткуванням, в Україні // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 11. – С. 31–59; № 12. – С. 18–44.

Дудоров О.О., Каменський Д.В. Умисел як обов'язкова ознака злочинних посягань на систему федерального оподаткування США // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень / За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. А.А.Музики. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – № 10. – С. 168–179.

Дудоров О. Про інтелектуальну ознаку умислу податкового злочинця // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 1. – С. 110–115.

Дудоров О.О. Проблеми кримінальної відповідальності податкових агентів // Кримінальне право України. – 2006. – № 2. – С. 24–35.

Дудоров О.О. Відзив офіційного опонента на дисертацію Процюка Олега Володимировича «Кримінальна відповідальність за контрабанду» // Кримінальне право України. – 2006. – № 3. – С. 62–71.

Дудоров О. Незаконне бюджетне відшкодування податків: проблеми кримінально-правової кваліфікації // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 4. – С. 129–134.

Берзін П.С., Дудоров О.О., Яценко С.С. Довгоочікуване досягнення вітчизняної кримінально-правової компаративістики (рецензія) // Кримінальне право України. – 2006. – № 5. – С. 54–67.

Дудоров О. Ухилення від сплати податків і визначення предикатного злочину. Порівняльно-правовий аспект // Вісник прокуратури. – 2006. – № 6. – С. 70–80.

Дудоров О.О. Особливості кримінальної відповідальності бухгалтера за порушення податкового законодавства // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2006. – № 6. – С. 47–65; № 7. – С. 43–65.

Дудоров А.А. Презумпція знання закону по делам о преступных нарушениях налогового законодательства: опыт Украины // Уголовно-правовая политика и проблемы противодействия современной преступности / Сборник научных трудов. под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Лопашенко. – Саратов, 2006. – С. 306–309.

Дудоров О.О. Погашення податкового боргу як умова кримінально-правового компромісу у сфері оподаткування (проблеми визначення належного суб'єкта) // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. Спеціальний випуск. – Луганськ, 2007. – С. 74–80.

Дудоров О.О. Шляхи вдосконалення компромісної норми, передбаченої ч. 4 ст. 212 КК України // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2007. – № 3. – С. 309–323.

Дудоров О.О. Про поняття кримінальної відповідальності // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Вип. 4. – Луганськ, 2007. – С. 148–161.

Дудоров О.О. Проблемні питання встановлення суспільно небезпечних наслідків як ознаки злочинного ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2007. – Спеціальний випуск № 1 (36). – С. 3–15.

Дудоров О.О., Мельник М.І. Кримінально-правова характеристика самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 29–36.

Дудоров О.О. Вплив списання і реструктуризації податкової заборгованості на кримінальну відповідальність за злочинні порушення податкового законодавства // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2007. – № 4. – С. 187–196.

Дудоров О.О. Розвиток кримінально-правової науки: київський вимір (рецензія) // Влада. Людина. Закон. – 2007. – № 8. – С. 20–23.

Дудоров О.О. Страхові внески і кримінальний закон, або Про співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 212 і 212-1 КК України // Вісник прокуратури. – 2008. – № 1. – С. 63–76.

Дудоров О.О. Кримінально-правова протидія безпідставному відшкодуванню податку на додану вартість // Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України. – 2008. – № 1 (40). – С. 248–256.

Дудоров О.О. Про місце норм, що передбачають відповідальність за злочинні посягання на систему оподаткування, у системі Особливої частини Кримінального кодексу України // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2008. – № 2 (26). – С. 177–184.

Дудоров О.О., Старовойтова Ю.Г. До питання про криміналізацію незаконного використання інсайдерської інформації // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 3. – С. 128–133.

Дудоров О.О. Порушення порядку здійснення операцій з активами, які перебувають у податковій заставі: проблеми тлумачення і застосування кримінального законодавства // Судова апеляція. – 2008. – № 1. – С. 49–53.

Дудоров О.О. Уголовно-правовой анализ поступков Остапа Бендера // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 6. – С. 115–121.

Дудоров О.О., Щербак М.Г. Змістовне дослідження історії вітчизняної кримінально-правової науки // Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1 / Відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 218–223.

Дудоров О. Про інтереси хабародавця при вимаганні хабара // Юридичний вісник України. – 3–16 січня 2009 р. – № 1–2.

Дудоров О.О., Мельник М.І. Використання автономних захисних засобів: проблеми кримінально-правової оцінки заподіяння шкоди // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 1. – С. 38–44.

Дудоров О.О. Службова особа підприємства, установи, організації як суб'єкт ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Наука і правоохорона. – 2008. – № 1. – С. 45–54.

Дудоров О.О. Злочинне використання інсайдерської інформації: аналіз законодавчих новел // Юридичний вісник України. – 21–27 лютого 2009 р. – № 8; 28 лютого – 6 березня 2009 р. – № 9.

Дудоров О., Берзін П. Видання, корисне для студента, викладача, науковця (рецензія) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 3. – С. 176–177.

Дудоров О.О. Поняття самовільного зайняття земельної ділянки як злочину // Юридичний вісник України. – 18–24 квітня 2009 р. – № 16; 25 квітня – 1 травня 2009 р. – № 17; 2–8 травня 2009 р. – № 18.

Дудоров О. Відгук офіційного опонента на дисертацію Хилюк С.В. «Розвиток науки кримінального права України після встановлення її державної незалежності (питання Особливої частини)», подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2009. – Вип. 1. – С. 221–231.

Дудоров О., Каменський Д. Генезис заходів протидії податковій злочинності у США: від початку XX ст. до сьогодення // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 62–67.

Дудоров О.О. Про місце бланкетної диспозиції кримінально-правової заборони у конкретизації змісту складу злочину // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – Число 1 (14). – С. 257–260.

Дудоров О. Платіжні засоби і кримінальний закон (рецензія) // Право України. – 2009. – № 5. – С. 189–192.

Дудоров О., Письменський Є. Проблеми кримінальної відповідальності за приватизацію, вчинену неправомочною особою // Юридичний вісник України. – 3–9 жовтня 2009 р. – № 40.

Дудоров О. Про конституційність інституту звільнення від кримінальної відповідальності // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 1. – С. 40–48.

Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність: аналіз основних наукових концепцій // Наука і правоохорона. – 2009. – № 1–2. – С. 75–84.

Дудоров О., Старовойтова Ю. Проблеми кримінально-правової протидії порушенням законодавства України про фінансовий моніторинг // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 2. – С. 28–36.

Дудоров О. Відмивання «брудних» доходів: погляд з України та Росії (рецензія) // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 11. – С. 192–193.

Дудоров О., Письменський Є., Усатий Г. Фундаментальне дослідження злочинних наслідків у кримінальному праві (рецензія) // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 120–124.

Дудоров О., Тертиченко Т. Взаємодія міжнародного кримінального та внутрішнього кримінального права на прикладі України: загальні засади // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 44–47.

Дудоров О. Про виконавця злочинного ухилення від сплати податків // Влада. Людина. Закон. – 2009. – № 2. – С. 18–26.

Дудоров О., Письменський Є., Данилевський А. Порушення правил утримання тварин: кримінально-правовий аспект проблеми // Юридичний вісник України. – 15–21 травня 2010 р. – № 20.

Дудоров О., Письменський Є. Чи суперечить інститут множинності злочинів принципу non bis in idem ? // Юридичний вісник України. – 24–30 липня 2010 р. – № 30; 31 липня – 6 серпня 2010 р. – № 31.

Дудоров О. Кримінально-правові проблеми множинності злочинів // Вісник прокуратури. – 2010. – № 9. – С. 50–64.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Предмет легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: до питання про узгодження Кримінального кодексу України та міжнародного законодавства // Митна безпека. – 2010. – № 1. – С. 70–87.

Дудоров О.О. Кримінально-правові аспекти виявлення наміру // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 54 / Редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. В.О. Туляков. – Одеса, 2010. – С. 123–128.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Давність у кримінальному праві: проблемні питання // Митна безпека. – 2010. – № 2. – С. 64–78.

Дудоров О., Письменський Є. Звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування: порівняльно-правова характеристика // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 3. – С. 46–52.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Зауваження та пропозиції до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення механізму кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами» // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – Вип. 3. – С. 105–113.

Дудоров О.О., Каменський Д.В. Про бланкетні диспозиції норм розділу VIII Особливої частини КК України // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 71–84.

Дудоров О.О. Обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання: поняття, правова природа, значення // Вісник Запорізького національного університету. – Юридичні науки. – 2011. – № 1. – С. 204–211.

Дудоров О., Данилевський А. Про заміну смертної кари довічним позбавленням волі. Щодо рішення Конституційного Суду України // Вісник прокуратури. – 2011. – № 6. – С. 72–79.

Дудоров О.О., Мазур М.В., Данилевський А.О. Заміна смертної кари на довічне позбавлення волі: акт гуманізму чи посилення відповідальності? // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2011. – № 2. – С. 101–115.

Дудоров О., Письменський Є. Сучасний стан кримінально-правового вчення про причинний зв'язок: критичний аналіз (рецензія) // Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2011. – № 2. – С. 527–534.

Дудоров О., Письменський Є. Примарний шанс на свободу – законодавчі новели щодо амністії // Правовий тиждень. – 6 вересня 2011 р. – № 34–35.

Дудоров О., Тертиченко Т. Протидія відмиванню злочинних доходів. Зміни в національному антилегалізаційному законодавстві // Вісник прокуратури. – 2011. – № 9. – С. 56–62.

Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю // Право України. – 2011. – № 9. – С. 82–91.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Проблеми кримінальної відповідальності за злочини проти безпеки виробництва // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2011. – № 3. – С. 174–184.

Дудоров О.О. Проблеми кримінальної відповідальності за підроблення документа // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2011. – № 3. – С. 90–103.

Дудоров О., Тертиченко Т. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 28–34.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Незаконна приватизація державного і комунального майна: проблеми кваліфікації і вдосконалення законодавства // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: зб. наук. праць. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. № 2. – С. 104–110.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Правова еквілібристика, або про відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень // Вісник Запорізького національного університету: Збірник наукових праць. Юридичні науки. – 2012. – № 1 (частина 1). – С. 92–99.

Дудоров О., Калмиков Д. Криміналізація незаконних дій із заставленим майном: що мав на увазі законодавець? // Юридичний вісник України. – 24–30 березня 2012 р. – № 12; 31 березня – 6 квітня 2012 р. – № 13; 7–13 квітня 2012 р. – № 14.

Дудоров О.О., Каменський Д.В. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне полювання // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 2. – С. 84–97.

Дудоров О.Порушення бюджетного законодавства: проблеми кримінальної відповідальності // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 1. – С. 29–35.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Умисне введення в обіг на ринку України небезпечної продукції: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства // Вісник Запорізького національного університету України. Юридичні науки. – 2012. – № 2 (частина 1). – С. 216–223.

Дудоров О., Мовчан Р. Самовільне зайняття земельної ділянки та використання земельної ділянки без правостановлюючих документів: проблема розмежування та шляхи її вирішення // Підприємство, господарство і право. – 2012. – № 8. – С. 51–55.

Дудоров О., Каменський Д. Між життям і смертю. Про майбутнє смертної кари у штаті Каліфорнія // Вісник прокуратури. – 2012. – № 11. – С. 105–114.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Генеза кримінально-правового статусу окремих категорій осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, та питання кваліфікації їх діяльності // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2012. – № 3. – С. 79–96.

Дудоров О., Балабко В. Незаконне проведення абортів: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального законодавства // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 4. – С. 26–32.

Дудоров О., Балабко В. Неналежне виконання медичним працівником професійних обов'язків: проблеми застосування і вдосконалення кримінального законодавства // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2012. – № 2. – С. 64–80.

Дудоров О.О. Причинний зв'язок: кримінально-правові аспекти // Вісник Запорізького національного університету: Збірник наукових праць. Юридичні науки. – 2012. – № 4 (частина 1). – С. 214–221.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Про пошук «точок дотику» між теорією та практикою // Юридичний вісник України. – 27 квітня – 10 травня 2013 р. – № 17–18.

Дудоров О. Спеціальні засади призначення покарання // Слово Національної школи суддів України. – 2012. – № 1. – С. 121–135; 2013. – № 1 (2). – С. 67–83.

Дудоров О., Мовчан Р. Про спроби удосконалити законодавство щодо відповідальності за земельні правопорушення // Юридичний вісник України. – 6–12 липня 2013 р. – № 27.

Гацелюк В., Дудоров О., Комарницький М. Порушення правил охорони або використання надр: проблеми кримінально-правової характеристики // Вісник прокуратури. – 2013. – № 8. – С. 73–87.

Дудоров О., Зеленов Г. Відповідальність за корупційні злочини. Огляд основних новел кримінального законодавства // Юридичний вісник України. – 28 вересня – 4 жовтня 2013 р. – № 39; 5–11 жовтня 2013 р. – № 40; 12–18 жовтня 2013 р. – № 41; 19–25 жовтня 2013 р. – № 42.

Дудоров О.О., Вознюк А.А. Стадії кримінальної відповідальності // Вісник Запорізького національного університету: Збірник наукових праць. Юридичні науки. – 2013. – № 2 (частина II). – С. 164–172.

Дудоров О.О. Про проблеми кримінально-правового заохочення // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 73–77.

Дудоров О.О. Поняття злочину. Класифікація злочинів // Вісник Асоціації кримінального права України. Електронне наукове видання. – 2013. – № 1. – С. 84–102.

Дудоров О., Старовойтова Ю. Фундаментальне дослідження київської школи кримінального права (рецензія) // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2013. – № 4 (98). – С. 19–21.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Нові наукові здобутки в розв'язанні кримінально-правових проблем заподіяння майнової шкоди (рецензія) // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 4 (65). – С. 340 – 344.

Дудоров О., Каменський Д. Про екстериторіальну дію кримінального закону США на прикладі справи про податковий злочин // Вісник прокуратури. – 2014. – № 2. – С. 114–123.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Про кримінальну відповідальність нотаріуса у контексті новел антикорупційного законодавства України // Довідник нотаріуса. – 2014. – № 2. – С. 78–95.

Карчевський М. В., Дудоров О. О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 1. – С. 97–123.

Дудоров О., Комарницький М. Відмежування злочинів проти довкілля від злочинів проти власності // Вісник Національної академії прокуратури. – 2014. – № 3. – С. 61–70.

Дудоров О.О. Рецензія на монографію О.Ф. Бантишева, О.В. Шамари «Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації)» // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 6. – С. 181–182.

Дорохіна Ю., Дудоров О. Безготівкові гроші як предмет злочинів проти власності // Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 5. – С. 78–82.

Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: особливості кримінальної відповідальності // Вісник Асоціації кримінального права України. Електронне наукове видання. – 2014. – Випуск 1 (2). – С. 168–174.

Дудоров О.О., Калмиков Д.О. Злочини проти громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту: особливості кваліфікації // Вісник Асоціації кримінального права України. Електронне наукове видання. – 2014. – Випуск 1 (2). – С. 175–188.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197-1 КК України): проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства // Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2014. – № 3. – С. 123–159.

Дудоров О.О., Старовойтова Ю.Г. Про кримінальну відповідальність нотаріуса за порушення вимог щодо здійснення фінансового моніторингу // Довідник нотаріуса. – 2014. – № 4. – С. 41–57.

Дудоров О. Проблеми вдосконалення кримінального законодавства про відповідальність за ухилення від сплати страхових внесків // Фінансове право. – 2014. – № 3. – С. 7–13.

- Дудоров О.О., Каменський Д.В. Класифікація економічних злочинів у кримінальному праві України та США // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2014. – № 4 (І). – С. 244–252.
- Дудоров О. Спеціальна конфіскація: проблеми законодавчої регламентації // Юридичний вісник України. – 6–19 грудня 2014 р. – № 49–50; 20 грудня 2014 р. – 2 січня 2015 р. – № 51–52; 3–23 січня 2015 р. – № 1–2.
- Дудоров О., Тертиченко Т. Чи можуть відмиватись кошти, не сплачені як податки та інші обов'язкові платежі? // Юридичний вісник України. – 14–20 лютого 2015 р. – № 6; 21–27 лютого 2015 р. – № 7.
- Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 1. – С. 162–170.
- Дудоров О., Письменський Є. Кримінально-правова заборона підкупу, або Правоохоронець як ініціатор злочину // Юридичний вісник України. – 11–17 квітня 2015 р. – № 14; 18–24 квітня 2015 р. – № 15.
- Дудоров О.О., Каменський Д.В. У пошуках оптимальної назви розділу VII Особливої частини Кримінального кодексу України // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 2. – С. 176–186.
- Дудоров О.О., Ризак Я.В. Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 1. – С. 180–191.
- Дудоров О.О., Старовойтова Ю.Г. Нові здобутки в науці кримінального права (рецензія) // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 1. – С. 285–289.
- Дудоров О.О., Письменський Є.О. Поняття «ухилення від досудового слідства» в контексті звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2015. – № 2. – С. 87–99.
- Дудоров О., Мовчан Р., Письменський Є. Очищення влади. Деякі міркування щодо конституційності окремих положень Закону України «Про очищення влади»: погляд криміналістів // Юридичний вісник України. – 13–19 червня 2015 р. – № 23; 20–26 червня 2015 р. – № 24.
- Dudorov O.O., Sabadash V.P. Comparative analysis of criminal law of Ukraine and England on liability for crimes against human physical integrity that do not cause death // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 3. – С. 159–162.
- Дорохіна Ю.А., Дудоров О.О. Окремі питання систематизації кримінально-правової охорони прав на об'єкти власності та об'єкти інтелектуальної власності // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 4. – С. 221–227.
- Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони інтелектуальної власності в Україні // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2015. – № 1. – С. 50–68.
- Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правова заборона щодо доведення банку до неплатоспроможності: сумнівна законодавча новела // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 1. – С. 71–115.
- Дудоров О.О. Сучасні наукові підходи до вдосконалення протидії злочинам у сфері службової діяльності (рецензія) // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 1. – С. 357–358.
- Дудоров О., Зеленов Г. Офіційний документ. Аналіз правових позицій Верховного Суду України щодо цього поняття // Юридичний вісник України. – 3–16 жовтня 2015 р. – № 39–40; 17–23 жовтня 2015 р. – № 41.
- Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Визначення предмета злочину, передбаченого ст. 209 Кримінального кодексу України, у світлі положень і тенденцій розвитку загальноєвропейського антилегалізаційного законодавства // Міжнародний журнал «Право і суспільство» / за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В.А. – Вип. 2. – Івано-Франківськ: Фоліант, 2015. – С. 39–47.
- Дудоров О.О., Ризак Я.В. Суб'єкт «пасивного» підкупу службової особи юридичної особи приватного права: сучасний стан і перспективи // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2015. – № 3. – С. 81–98.
- Дудоров О.О. Бланкетність і зворотна сила кримінального закону // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 5. – С. 175–180.
- Дудоров О., Зеленов Г. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону // Право України. – 2015. – № 12. – С. 69–81.
- Дудоров О.О. Група осіб за попередньою змовою як форма співучасті у злочині // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2015. – № 3. – С. 130–138.
- Дудоров О.О., Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність американських корпорацій за економічні злочини: від витоків до сьогодення // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 2. – С. 103–145.
- Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку // Вісник Асоціації кримінального права України. Електронне наукове видання. – 2015. – № 2 (5). – С. 216–263.

Dudorov O.O., Kamensky D.V. On the name of chapter vii the Special part of the Criminal code of Ukraine // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 4. – С. 122–129.

Дудоров О., Письменський Є. Малозначність діяння: проблеми застосування та вдосконалення кримінального закону // Юридичний вісник України. – 19–25 лютого 2015 р. – № 7; 26 лютого – 3 березня 2016 р. – № 8.

Дудоров О.О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 1. – С. 76–82.

Дудоров О.О. Інститут покарання неповнолітніх у кримінальному праві України (рецензія) // Право і суспільство. – 2016. – № 1. – Ч. 2. – С. 208–210.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Щодо кримінально-правового поняття «офіційний документ» // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: збірник матеріалів IV Міжнародної науково-практичної конференції, 15 квітня 2016 р., м. Харків. – Х.: ХНУВС, 2016. – С. 65–70.

Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – № 1. – С. 80–98.

Дудоров О.О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 3. – С. 136–178.

Дудоров О.О., Палюх Л.М. Проблеми кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого статтею 375 КК України // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2016. – № 1. – С. 280–328.

Дудоров О.О. Відгук офіційного опонента на дисертацію А.В. Айдиня «Фактична помилка у кримінальному праві: основні теоретичні і практичні аспекти» // Вісник Запорізького національного університету: Юридичні науки. – 2016. – № 1. – С. 141–148.

Дудоров О., Письменський Є. Посередник у наданні та одержанні неправомірної вигоди: кримінально-правова оцінка поведінки // Юридичний вісник України. – 9–15 вересня 2016 р. – № 36; 16–29 вересня 2016 р. – № 37–38.

Дудоров О.О. Про кримінально-правове значення узгодження податкових зобов'язань // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – Вип. № 3. – С. 28–49.

Дудоров О.О. Про вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої фіктивному підприємництву // Публічне право. – 2016. – № 4. – С. 131–139.

Дудоров О.О. Про чергову спробу вдосконалення заохочувальної норми, розрахованої на осіб, які вчинили ухилення від сплати податків і зборів // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 5. – С. 82–87.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Кримінально-правові проблеми посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди // Вісник Запорізького національного університету: Юридичні науки. – 2016. – № 3. – С. 218–231.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації порушень правил безпеки дорожнього руху в контексті забезпечення однаковості судової практики // Міжнародний журнал «Право і суспільство». – Вип. 4. – Івано-Франківськ: Фоліант, 2016. – С. 52–65.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми застосування й удосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої незаконній порубці лісу // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 6. – С. 178–190.

Дудоров О.О. Умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням: питання кваліфікації та вдосконалення кримінального закону // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – Вип. № 4. – С. 77–91.

Дудоров О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики) // Юридичний науковий електронний журнал. – 2017. – № 1. – С. 129–142.

Доповіді та повідомлення на наукових заходах

Дудоров О.О. До питання про суб'єкт одержання хабара // Кримінальний кодекс України (проект): проблеми теорії та практики. Науково-практична конференція. Львів, 16–17 грудня 1993 р./ Доповіді та виступи. – Львів. – 1994. – С. 202–204.

Дудоров О. Кримінальна відповідальність за контрабанду: проблеми та перспективи // Концепція формування законодавства України. Регіональна міжвузівська науково-практична конференція (12–13 березня 1997 р.). Запорізький державний університет. – Запоріжжя, 1997. – С. 137–143.

Дудоров О. Кримінально-правова характеристика порушень податкового законодавства // II науково-практична конференція, присвячена пам'яті проф. Федорова К.Г. (12–13 червня 1997 р.). Том 2. Наукові статті. Запорізький державний університет. – Запоріжжя, 1997. – С. 94–100.

Дудоров О.О., Гудзь П.В. Нові підходи в управлінні місцевими бюджетами // Город, регион, государство: проблемы распределения власти. Материалы международной науч.-практ. конференции. – 20–23 мая 1997 г. – Славянгород – Донецк. – 1997. – С. 73–75.

Дудоров О.О. Тенденції розвитку кримінального законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків // Проблеми інтеграції науково-освітнього потенціалу в державотворчому процесі. Матеріали доповідей І Міжнародного симпозиуму. – 20–27 травня 1997р. – Тернопіль – Севастополь – Форос. – С. 262–265.

Дудоров О. О., Дудорова К.Б. Європейський регіональний механізм захисту прав людини і Україна: проблеми взаємодії // ІІ міжрегіональна науково-практична конференція «Концепція формування законодавства України» (листопад 1997р). Збірник наук. статей. – Запоріжжя, ЗДУ. – 1998. – С. 185–192.

Дудоров О. Кримінально-правова охорона валютної системи України: проблемні питання кваліфікації, вдосконалення законодавства // ІІ міжрегіональна науково-практична конференція «Концепція формування законодавства України» (листопад 1997 р). Збірник наук. статей. – Запоріжжя, ЗДУ, 1998. – С. 192–199.

Дудоров О.О. Проект КК України про відповідальність за «відмивання» доходів одержаних злочинним шляхом: здобутки і недоліки // Міжнародний круглий стіл, присвячений пам'яті проф. Федорова К.Г. (12 травня 2000 р.) / Наукові статті. – Запоріжжя, 2000. – С. 236–244.

Дудоров О.О. Доведення до банкрутства: соціальна обумовленість норми КК, кримінально-правова характеристика // Четверта міжрегіональна науково-практична конференція «Концепція формування законодавства України» (Листопад 1999 р.). – Запоріжжя, 2000. – С. 133–140.

Дудоров О. Спирні питання кримінально-правової характеристики фіктивного підприємництва // Матеріали Міжнародної наукової конференції «Проблеми права на зламі тисячоліть», м. Дніпропетровськ, 13–14 лютого 2001 р. – Дніпропетровськ, 2001. – С. 201–204.

Дудоров О.О. Про вплив деяких положень податкового законодавства на кримінально-правову оцінку ухилення від оподаткування // Субъекты хозяйствования и экономическая преступность: вопросы предупреждения: сб. материалов «Круглого стола» (Донецк, 1 ноября 2001 г.). – Донецк, 2002. – С. 67–71.

Дудоров О. Злочинні доходи та їх вплив на кваліфікацію ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції (13–14 лютого 2003 р.). – Львів, 2003. – С. 399–403.

Дудоров О. Проблеми тлумачення умислу як суб'єктивної ознаки злочинного ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Актуальні проблеми кримінального і кримінально-процесуального законодавства та практики його застосування. Збірник тез доповідей регіонального круглого столу (21–22 лютого 2003 р.). – Хмельницький, 2003. – С. 35–38.

Дудоров О.О. Проблеми кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків за законодавством України // Матеріали Щорічної конференції Асоціації правників України. – К.: Вид-во «Еліт Прінт», 2004. – С. 159–177.

Дудоров О.О. Злочинні доходи та кримінально-правове значення їх оподаткування // Теоретико-прикладні проблеми протидії організованій злочинності та злочинам терористичної спрямованості. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 8–9 квітня 2005 р. Частина 1. – Львів, 2005. – С. 337–346.

Дудоров О.О. Особливості кримінальної відповідальності службовців банків як учасників податкових правовідносин // Реформування законодавства з питань протидії злочинності в контексті євроінтеграційних прагнень України: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 25–26 травня 2006 року м. Запоріжжя: У 2 ч. – Ч. 1. – Запоріжжя: Юридичний інститут ДДУВС, 2006. – С. 25–29.

Дудоров О.О. Податкове застереження у статті КК України про відповідальність за легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 7–8 квітня 2006 р. Частина 2. – Львів, 2006. – С. 47–51.

Дудоров О.О. Ухилення від митного оподаткування і кримінальний закон // Запорізькі правові читання. Тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 18–19 травня 2006 р. – Запоріжжя, 2006. – С. 300–303.

Дудоров О.О. Проблеми кримінальної відповідальності за необережну несплату податків, зборів, інших обов'язкових платежів // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 13 – 15 квітня 2007 р. Частина 1. – Львів, 2007. – С. 27–32.

Дудоров О.О. Про законодавче втілення ідеї податкового шахрайства // Запорізькі правові читання: матеріали щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 17–18 травня 2007 р. – Запоріжжя: ЗНУ, 2007. – С. 262–265.

Дудоров О.О. Бланкетність у кримінальному праві: проблеми і перспективи // Запорізькі правові читання: Тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15–16 травня 2008 року / за заг. ред. С.М. Тимченка і Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2008. – С. 372–378.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Проблеми кримінально-правової зловживань, пов'язаних із пільговим оподаткуванням // Запорізькі правові читання: тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15 – 16 травня 2009 року: у 2-х томах / за заг. ред. С.М. Тимченка і Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2009. – Т.1. – С. 187–194.

Дудоров О.О., Мельник М.І. Автономні захисні засоби і кримінальний закон // Влада. Людина. Закон. – 2009. – № 1. – С. 13–24.

Дудоров О.О. Проблеми диференціації кримінальної відповідальності за злочинні порушення податкового законодавства // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності. Міжнародний симпозіум, 11–12 вересня 2009 р. – Львів, 2009. – С. 75–86.

Дудоров О.О. Кримінально-правовий вимір презумпції невинуватості // Проблеми національної державо-творчості: матеріали Міжнародної наукової конференції пам'яті доктора юридичних наук, професора Стрельцова Льва Михайловича (1918–1979) (ОНУ ім. І.І.Мечникова, 26 березня 2010 р.). За заг. ред. Є.Л. Стрельцова. – Одеса: Астропринт, 2010. – С. 22–26.

Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення: за і проти // Правова політика Української держави: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 70-річчю Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника. Том 1/ 19–20 лютого 2010 року. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. – С. 24–28.

Дудоров О.О. Проблеми вдосконалення законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали II-ї міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 8 жовтня 2010 р.). У 2 т. Т.1. – Одеса, 2010. – С. 100–105.

Дудоров О.О. Поняття загальних засад призначення покарання // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: Міжнародна науково-практична конференція, 5 листопада 2010 року, м. Запоріжжя: матеріали: у 3 ч. – Запоріжжя: Юридичний ін-т ДДУВС, 2010. – Ч. II. – С. 56–68.

Дудоров О.О. Проблеми питання кримінальної відповідальності за хабарництво // Проблеми вдосконалення законодавства про протидію відмиванню злочинних доходів і корупції (Донбаські правові читання) / Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 8. У трьох частинах. Частина 1. – Луганськ, 2010. – С. 161–196.

Дудоров О.О. Проблеми призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом // Гуманізація у сфері кримінальної юстиції: сучасний стан та перспективи розвитку: матеріали круглого столу (м. Одеса, 18 лютого 2011 р.). – Одеса, 2011. – С. 25–29.

Дудоров О.О. Про погрозу як спосіб згвалтування // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: актуальні проблеми сьогодення: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції. – 25 – 26 лютого 2011 року. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. – С. 32–35.

Дудоров О.О. Особливості призначення покарання за незакінчений злочин // Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 165–174.

Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: проблеми законодавчої регламентації // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23 – 24 вересня 2011 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 150–157.

Дудоров О.О. Регламентація сукупності злочинів у КК України: проблеми і перспективи // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 111–116.

Дудоров О.О. До питання про злочинну бездіяльність у кримінальному праві // Актуальні проблеми кримінального права (пам'яті професора П.П. Михайленка): тези доп. II наук.-теор. конф. (м. Київ, 16 листопада 2011 р.) / ред. кол. В.В. Коваленко (голова), О.М. Джужа, Є.М. Бодюл та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011. – С. 10–13.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг: проблеми кримінальної відповідальності // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного

кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 164–171.

Дудоров О.О., Ризак Я.В. До питання про можливість визнання сексуальних послуг предметом комерційного підкупу // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 171–178.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Фіктивне підприємництво: щодо вдосконалення кримінально-правової заборони // Криміналістична наука: витоки, сучасність та перспективи: збірник матеріалів I Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 90-річчю з дня народження В.К. Лисиченка та 92-річчю з дня народження І.Я. Фрідмана. – Ірпін: Міжрегіональна фінансова юридична академія, 2012. – С. 87–90.

Дудоров І., Валіков І. Законодавчі новели щодо кримінальної відповідальності за зайняття ігорним бізнесом // Протидія злочинності: теорія і практика: матеріали III міжвуз. наук.-практ. конф. студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених, Київ – Луганськ, 21 жовтня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 13–24.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Проблеми суб'єктного складу злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 21–22 вересня 2012 року. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 306–314.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми розвитку законодавства про амністію // Проблеми правового регулювання і практики застосування амністії та помилування: матеріали наук.-практ. Інтернет-конференції, м. Луганськ, 6–20 лютого 2012 р. / Упоряд.: Є.О. Письменський. – Луганськ, РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 15–35.

Дудоров О.О. Комерційна таємниця під захистом кримінального закону: проблеми і перспективи // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовтня 2012 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 367–372.

Дудоров О.О. Про вдосконалення законодавчого визначення самовільного зайняття земельної ділянки // Матеріали Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю: актуальні проблеми сьогодення», 23 – 30 квітня 2012 р. – Івано-Франківськ: Вид-во Прикарпатського національного ун-ту, 2012. – С. 26–30.

Дудоров А.А. Криміналізація незаконного обогащення: приемлем ли опыт Украины? // Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической психологии. Секция «Уголовное право»: материалы Междунар. науч.-практ. конф., Россия, г. Волгоград, 13–14 декабря 2012 г.; сост.: Л.В. Лобанова, Н.В. Висков, Л.Н. Ларионова. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. – С. 115–124.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Доведення до банкрутства: проблеми вдосконалення законодавства // Реформування системи кримінальної юстиції в Україні: кримінально-правові, кримінально-процесуальні та криміналістичні проблеми: збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції з нагоди 10-річчя Ірпінської фінансово-юридичної академії та 80-річчя з дня народження відомого вченого-криміналіста сучасності, доктора юридичних наук, професора Бахіна Володимира Петровича. – Ірпін: Ірпінська фінансово-юридична академія, 2012. – С. 92–96.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Ще раз про принципи кримінально-правової кваліфікації та реалії правозастосування // Забезпечення органами внутрішніх справ європейських стандартів прав людини у своїй діяльності: тези науково-практичного семінару (Львів, 7 грудня 2012 р.). – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 101–106.

Дудоров А.А. Изменение обстановки или декриминализация? // Проблемы освобождения от уголовной ответственности и наказания по законодательству Республики Беларусь, России и Украины: уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты: сб. ст. / под науч. ред. Л.В. Лобановой, И.С. Дикарева; редкол.: Л.В. Лобанова и др.; Волгоград. гос. ун-т, Луг. гос. ун-т внутр. дел им. Э.А. Дидоренко. – Волгоград: изд-во ВолГУ, 2012. – С. 41–53.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: проблеми визначення предмета злочину // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – Одеса: Фенікс 2012. – С. 74 – 77.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми встановлення виду умислу при кваліфікації злочинів проти життя та здоров'я особи // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Всеукраїнської науково-практичної

конференції (1–2 березня 2013 року, м. Івано-Франківськ). – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 33–37.

Дудоров О.О., Зеленев Г.М. Кримінально-правовий статус фізичної особи – підприємця в контексті положень нового антикорупційного законодавства України // Теорія та практика застосування нового антикорупційного законодавства України: матеріали науково-практичного семінару (м. Дніпропетровськ, 14 грудня 2012 р.). – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2013. – С. 8–11.

Дудоров О.О. Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим у контексті КПК України 2012 р. // Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 41–44.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Проблеми звільнення від покарання та його відбування в контексті нового КПК України // Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 51–57.

Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність: окремі дискусійні аспекти // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 101–107.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Щодо вдосконалення законодавства про відповідальність за злочини проти сім'ї і дітей // Актуальні проблеми правоохоронної діяльності та юридичної науки : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Дніпропетровськ, 19–20 вересня 2013 р.). – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2013. – С. 18–23.

Дудоров О.О., Балабко В.В. Лікарська помилка як кримінально-правова проблема // Протидія злочинності: теорія і практика: Матеріали IV міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених: 19 жовтня 2012 року. – Київ-Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – С. 13–27.

Дудоров О.О., Зеленев Г.М. Неправомірна вигода як предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг // Протидія злочинності: теорія і практика: Матеріали IV міжвузівської науково-практичної конференції студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених: 19 жовтня 2012 року. – Київ-Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – С. 31–40.

Дудоров О. Проблеми призначення покарання за сукупністю вироків // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 року / відп. ред. юрид. наук, академік С.В. Ківалов; ред. кол.: проф. В.Д. Берназ, проф. Є.Л. Стрельцов, доц. Н.А. Орловська. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2014. – С. 56–60.

Дудоров О.О. Проблеми кримінальної відповідальності за використання автономних захисних заходів // Людина, суспільство, держава: правовий вимір в сучасному світі: матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 27 лютого 2014 р. – К.: НАУ, 2014. – С. 290–292.

Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації шахрайства // Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». – Івано-Франківськ, 2014. – С. 21–32.

Дудоров О.О. Потерпілий у кримінальному праві // Азовські правові читання: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 18–19 квітня 2014 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2014. – С. 167–174.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Інтелектуальна власність і кримінальний закон: проблеми і перспективи // Азовські правові читання: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 18–19 квітня 2014 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2014. – С. 175–182.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Обумовленість вдосконалення кримінального законодавства України законодавством Ради Європи та Європейського Союзу // Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9–10 жовтня 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2014. – С. 89–94.

Дудоров О.О. Проблеми законодавчої регламентації спеціальної конфіскації // Юридична освіта та юридична наука в Україні: витоки, сучасність, перспективи: тези доповідей Міжнародної наукової практичної конференції, м. Запоріжжя, 16–17 жовтня 2014 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2014. – С. 154–160.

Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації умисного знищення або пошкодження майна // Законодавство України: історія розвитку, соціальна обумовленість, якість, застосування та вдосконалення: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 5–6 грудня 2014 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2014. – С. 160–164.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Закон про реабілітацію політичних в'язнів: що мав на увазі законодавець? // Законодавство України: історія розвитку, соціальна обумовленість, якість, застосування та вдосконалення: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 5–6 грудня 2014 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2014. – С. 171–176.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Про місце амністії в сучасних умовах державотворення // Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні. Матеріали Міжнародного симпозіуму 24–25 жовтня 2014 року. – К.: ВАІТЕ, 2014. – С. 56–59.

Дудоров О.О. «Злочинне невігластво» медичних працівників і кримінальний закон // Право і держава: проблеми розвитку і взаємодії у XXI ст.: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 30–31 січня 2015 року / За заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 144–148.

Дудоров О.О. Про відмежування зловживання впливом від одержання неправомірної вигоди (на прикладі кваліфікації дій «колядника» І. Зварича) // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х.: Золота миля, 2015. – С. 68–78.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Плагіат – злочин або аморальний вчинок? // Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблистий. – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 11–21.

Дудоров О.О. Про розмежування злочинів та адміністративних правопорушень у контексті запровадження кримінальних проступків // Адміністративне право та процес України: пріоритетні напрями розвитку в умовах демократизації: тези доповідей II міжнародної науково-практичної конференції пам'яті доктора юридичних наук, професора, заслуженого діяча науки і техніки України Леоніда Васильовича Ковалю, м. Запоріжжя, 6–7 березня 2015 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 93–110.

Дудоров О.О. Про законодавче втілення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах // Новітні кримінально-правові дослідження – 2015: збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О.В. Козаченко. – Миколаїв: Іліон, 2015. – С. 247–252.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Критичний погляд на доповнення Кримінального кодексу України статтею 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності» // Суспільство, правопорядок, злочинність: теоретичні та прикладні проблеми сучасної науки: матеріали науково-практичного семінару (м. Миколаїв, 22 травня 2015 р.); упорядник д.ю.н., доц. Є.О. Письменський. – Миколаїв: Луганський державний ун-т внутр. справ імені Е.О. Дідоренка, 2015. – С. 25–36.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Загальна характеристика антилегалізаційного законодавства Ради Європи // Азовські правові читання: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 15 – 16 травня 2015 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2015. – С. 69 – 75.

Дудоров О.О. Окремі проблеми вдосконалення Кримінального кодексу України в частині відповідальності за злочини проти інтелектуальної власності // Zborník príspevkov z medzinarodnej vedeckej konferencie PRÁVNÁ VEDA A PRAX V TREŤOM TISÍČROČÍ / 27. – 28. február 2015/. – Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafaríka v Košiciach, 2015. – С. 149–151.

Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Помилка законодавця чи його усвідомлене рішення? (дещо про зміст кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки») // Антикорупційна політика України: актуальні проблеми забезпечення ефективності: збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). – К.: Національна академія прокуратури України, 2015. – С. 180–192.

Дудоров О.О. Конституційний Суд України як інтерпретатор кримінально-правових норм // Юридична наука в XXI столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15 – 16 травня 2015 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 105–109.

Дудоров О.О., Ризак Я.В. Деякі міркування про законодавчі новели щодо звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини // Кримінальне право: традиції та новації: матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В.В. Сташиса, 9–10 липня 2015 р. – Полтава, Х., 2015. – С. 214–224.

Дудоров О.О. Вирішення питання про якісний склад групи осіб за попередньою змовою в законодавстві, доктрині і судовій практиці // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2015. – С. 176–181.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Суб'єкт відмивання «брудного» майна в контексті принципу non bis in idem // Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 30–31 жовтня 2015 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 122–128.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Заборона зайняття гральним бізнесом в Україні: обґрунтованість, наслідки, перспективи (кримінально-правовий аспект) // Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства: матеріали круглого столу (Київ, 5 листоп. 2015 р.) / відп. ред. О.С. Стеблинська. – К.: Державна пенітенціарна служба України, Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 13–16.

Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. Кримінально-правова складова Четвертої антилегалізаційної директиви Європейського союзу // Актуальні проблеми кримінального права (пам'яті професора П.П. Михайленка): матеріали VI міжвуз. наук.-теорет. конф. (Київ, 20 листоп. 2015 р.) / ред. кол. : В.В. Чернеї, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. – К.: Над. акад. внутр. справ, 2015. – С. 83–87.

Дудоров О.О. Проблеми оптимізації виконання покарань // Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 27 листоп. 2015 р.). – К.: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – С. 263–267.

Дудоров О. Дискусійні аспекти конституційності інституту звільнення від кримінальної відповідальності // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. – Київ, ВАІТЕ 2015. – С. 82–94.

Дудоров О.О. Чи є обов'язковою умовою застосування ст. 375 КК України зміна або скасування неправосудного вироку? // Законодавство України: історія розвитку, застосування та вдосконалення: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 4–5 грудня 2015 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2015. – С. 171–175.

Дудоров О., Письменський Є. Малозначність діяння та проблеми її визначення в судовій практиці України // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали VI Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 18 грудня 2015 року / редкол.: проф. Берназ В.Д., проф. Стрельцов Є.Л., проф. Орловська Н.А., доц. Неледва Н.В. – Одеса, 2015. – С. 8–18.

Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації незаконного збагачення // Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. – К.: Видавничий дім «АртЕк», 2016. – С. 62–68.

Дудоров О.О. Пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди як форми корупційної поведінки // Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 29–30 січня 2016 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 113–121.

Дудоров О.О. Законодавство про кримінальну відповідальність за корупційні злочини: деякі здобутки і вади // Правова реформа в сучасних умовах: досягнення і перспективи: матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 26 лютого 2016 р. Том 1. – Тернопіль: Вектор, 2016. – С. 308–311.

Дудоров О.О. Про врахування положень міжнародно-правових актів при вдосконаленні законодавства України про кримінальну відповідальність за корупційні злочини // Актуальні питання реалізації нового Закону України «Про державну службу»: тези доповідей Всеукраїнського форуму вчених-адміністративістів, м. Запоріжжя, 21 квітня 2016 року / за ред. Т.О. Коломоєць. – С. 8–11.

Дудоров О.О. Нові механізми «антикорупційної» політики: до чого готуватися бізнесу? // Матеріали IV Міжнародного судово-правового форуму «Судова реформа: стан та напрями розвитку», м. Київ, 17–18 березня 2016 р. – К.: Вид-во «Юридична практика», 2016. – С. 135–141.

Дудоров О.О., Палюх Л.М. Про момент закінчення постановлення завідомо неправосудного судового рішення // Протидія злочинності в Україні: кримінально-правові та кримінологічні аспекти: матер. Всеукр. наук.-практ. семінару (м. Миколаїв, 26 травн. 2016 р.); упоряд. д.ю.н., доц. Є.О. Письменський. – Миколаїв: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. – С. 52–58.

Дудоров О.О. Про відмежування незаконного видобування корисних копалин від складів адміністративних правопорушень // Новітні кримінально-правові дослідження – 2016: збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О.В. Козаченко. – Миколаїв: Іліон, 2016. – С. 17–22.

Дудоров О.О. Зловживання впливом: проблеми тлумачення та вдосконалення кримінального закону // Юридична наука в XXI столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 13–14 травня 2016 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 106–114.

Дудоров О.О. На кого розрахований принцип верховенства права? // Актуальні проблеми кримінального права та кримінології у світлі конституційної реформи: матеріали Всеукр. на-ук.-практ. конф. (м. Дніпро, 10 черв. 2016 р.). – Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016. – С. 7–11.

Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Регламентация кримінальної відповідальності за злочини у сфері земельних відносин за законодавством країн англо-американської правової системи // Збірник тез доповідей Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми боротьби зі злочинністю в умовах трансформації сучасного суспільства» (4 листопада 2016 р.). – Вінниця: ТОВ «Нілан-ЛТД», 2016. – С. 57–63.

Дудоров О.О., Письменський Є.О. Про забезпечення єдності судової практики при кваліфікації порушень правил безпеки дорожнього руху // Збірник тез доповідей Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми боротьби зі злочинністю в умовах трансформації сучасного суспільства» (4 листопада 2016 р.). – Вінниця: ТОВ «Нілан-ЛТД», 2016. – С. 63–68.

Дудоров О.О. Про наукове забезпечення кримінально-правової протидії податковій злочинності // Протидія злочинності: теорія і практика: матеріали VII Всеукраїнської науково-практичної конференції (19 жовтня 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2016. – С. 68–75.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. До питання про адресатів принципу верховенства права // Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 28–29 жовтня 2016 р. / за заг. ред. Т.О. Коломoeць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2016. – С. 124–132.

Дудоров О.О. Яким бути переліку корупційних злочинів? // Актуальні проблеми кримінального права та процесу і практики їх застосування: матеріали круглого столу (Київ, 10 листопада 2016 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К.: Інститут кримінально-виконавчої служби, 2016. – С. 11–17.

Дудоров О.О. Про адресатів введення в оману при вчиненні шахрайства // Актуальні проблеми прав людини, яка перебуває в конфлікті зі законом, крізь призму правових реформ: зб. матеріалів міжнар. практ. конф. (Київ, 2 груд. 2016 р.). – К.: Ін-т крим.-викон. служби, 2016. – С. 91–95.

Дудоров О.О. Необережна несплата податків і зборів як кримінально-правова проблема та можливі шляхи її вирішення // Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи: матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. 50-річчю каф. кримінології та кримінально-виконавчого права, Харків, 9 груд. 2016 р. / За ред. В.Я. Тація, Б.М. Головіна. – Х: Право, 2016. – С. 99–103.

Дудоров О.О. До питання про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 Кримінального кодексу України // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 101–106.

Дудоров О.О. Про кримінально-правову оцінку одержання службовою особою неправомірної вигоди за діяння, яку ця особа з урахуванням її службового становища вчинити не може // Кримінальне право України: сучасні проблеми і наявні проблеми. Тези доповідей учасників круглого столу, організованого юридичним факультетом Київського національного університету імені Тараса Шевченка й присвяченого 80-річчю професора Станіслава Сергійовича Яценка (23 грудня 2016 року) // Юридичний вісник України. – 10 – 23 лютого 2017 р. – № 6-7 (Інформаційно-правовий банк). – С. 11–13.

Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Про розмежування шахрайства і цивільно-правових деліктів (аналіз правової позиції Верховного Суду України) // Безпека людини в умовах глобалізації: сучасні правові парадигми: Матеріали VII Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 24 лютого 2017 р. Том I. – Тернопіль: Вектор, 2017. – С. 286–290.

Дудоров О.О. Незаконне збагачення: пошук прийнятної моделі кримінально-правової заборони триває // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна). – Х.: ХНУВС, 2017. – С. 71–73.

Дудоров О.О. Проблемні питання врахування положень регулятивного законодавства при кримінально-правовій оцінці злочинних посягань на довкілля // Кримінально-правове, кримінологічне та кримінально-виконавче забезпечення прав і свобод людини і громадянина: матеріали круглого столу, 10 березня 2017 р. / за ред. О.П. Рябчинської. – Запоріжжя: КПУ, 2017. – С. 37–41.

Дудоров О.О., Карчевський М.В. Шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки // Азовські правові читання – 2017: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 28–29 квітня 2017 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2017. – С. 5–12.

УЧНІ, ЯКІ ЗАХИСТИЛИ ДИСЕРТАЦІЇ

Докторська дисертація:

Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України (2014 р.).

Кандидатські дисертації:

Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства (2007 р.).

Зеленов Г.М. Злочини, які порушують установлений порядок виникнення та виконання майнових зобов'язань (кримінально-правова характеристика) (2009 р.).

Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність за податкові злочини за федеральним законодавством США (2010 р.).

М.І. Омеляненко. Кримінально-правова охорона порядку поводження з майном, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (2012 р.).

Балабко В.В. Кримінальна відповідальність медичних працівників за злочини проти життя та здоров'я особи (2013 р.).

Степаненко Д.Ю. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (2014 р.).

Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права (2014 р.).

Тертиченко Т.М. Співвідношення загальноєвропейського законодавства та кримінального законодавства України про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (2015 р.).

Комарницький М.В. Кримінальна відповідальність за незаконне видобування корисних копалин (2015 р.).

ДУДОРОВ Олександр Олексійович

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА (ВИБРАНІ ПРАЦІ)

Підписано до друку 16.01.2017 р. Формат 60х84/16.
Папір офсетний. Друк офсетний. Ум. друк. арк. 3,25.
Тираж 2000 прим. Зам. 105.

Видавництво ТОВ «Компанія ВАІТЕ»
01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.